Digitized by Google

Decis. 105 ec

Sammlung

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Sammlung

der

Entscheidungs-Gründe

des

Ober-Appellations-Gerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

zu Lübeck

in

bremischen Civil-Rechtssachen.

(Statt der Abschrift für bremische Theilnehmer der Sammlung als Manuscript gedruckt.)

Fünfter Band,
enthaltend die Jahrgänge 1862, 1863, 1864, 1865.

Bremen 1866.
J. G. Heyse's Verlag.

460 Gg

Digitized by Google

Bremen. Druck von Heinrich Strack.

Digitized by Google

Register

zu den

Entscheidungs-Gründen

des

Ober-Appellations-Gerichts

der

vier freien Städte Deutschlands

in

bremischen Civil-Rechtssachen.

Fünfter Band.

1862, 1863, 1864, 1865.

Digitized by Google

Da mit dem Erſcheinen des von dem Herrn Ober-Appellationsgerichts-Präſidenten Kierulff ſeit dem 1. Januar 1865 veranſtalteten Abdrucks ſämmtlicher Entſcheidungen des Ober-Appellationsgerichts der vier Freien Städte nebſt den dazu abgegebenen Entſcheidungsgründen das Bedürfniß eines beſondern Abdrucks der in bremiſchen Sachen abgegebenen nicht mehr vorlag, ſo hat mit dem 1. Januar 1866 der Abdruck der letzteren aufgehört.

Digitized by Google

Namenregiſter*).

Seite.

Arens, Johann Friedrich c. B. Groverman & Co. 407
Bach, Carl c. Theodor Kock und Juſtus Schneider Wwe. 35
Bätjer, Hinrich Wittwe c. Johann Bätjer causa II.. 462
v. d. Beck, B. c. Melchers Gebrüder & Co. 330
Berg, Carl Friedrich c. Stephan Lürman & Sohn ad caus. des Erſteren c. Nathan Michael Nathanſon 115
Biſchoff, Arend c Wilhelm Wolff. in Firma Wilhelm Wolff & Co. 477
Blaſius, C. G. junr. c. die Verſicherungsgeſellſchaft Thuringia, die Schleſiſche See-Verſicherungs-Geſellſchaft und die Aſſecuranz-Compagnie Oceanus 53
Blaſius, Carl Georg c. ſeine Ehefrau 207 210
Blaſius, Carl Georg Ehefrau c. ihren Ehemann 209
Bley, Georg Wilhelm Wittwe c. den Staatsanwalt... 257
Büſing, Eduard c. Gebrüder Nielsen 335 346
Campbell, Dr. med. Nicolas Lavayette c. ſeine Ehefrau 447
Cohen, J. S. c. H. Luckmann ad caus. des Letzteren c. G. Schütt & Co. 317 522
Cornelius, Cornelius Janſſen c. den Staatsanwalt.. 263
Echte, Georg c. Carl Georg Philipp Woeltge Beneficial Erben..... 100
v. Fiſcher, Andreas c. Johann Heinrich Droſte..... 226
Fritze, Alexander Wittwe c. die Bauerſchaft Rockwinkel. 403
Gildemeiſter, Martin Wilhelm Eduard c. Anton Gerhard Hauſchildt 503
Glade, Heinrich c. Chriſtian Otto Häſehus, ſpäter deſſen

*) Der Name des Klägers iſt vorangeſtellt, auch wenn Beklagter Appellant war.

Digitized by Google

Wittwe, jetzt den Erben derselben Joh. Heinr. Meyer Vormünder 511
Goslar, Isaac Pincus c. Simon Meyer 1. 43 202
Grosse, Johs. Ed. c. Friedr. Otten 25
Grundmann, J. C. & Co. c. Konitzky & Thiermann .. 55
Gudewill & Upmann, c. Carl Georg Philipp Woeltge Beneficial-Erben 65
Hagens, Diedrich c. Johann Gartelmann 181
Hauschildt, Anton Gerhard c. den Staatsanwalt in Civilsachen, in Vertretung der Convoye-Deputation .. 490
Heimbs, Johanne c. Dr. Friedr. Adolph Meyer und dessen Ehefrau 289
Kerll, Heinrich Anton Wittwe c. Henr. Auguste Louise Margarethe Schröder Vorm. 355
Kisker, Oskar c. Gottfried Theodor Mohr 305 415
Klein, Wilhelm c. Gottfried Theodor Mohr 434
Klingenberg, Ernst Ludwig Theodor c. Joh Heinr. Ehntholt 151
Knoche, Albrecht Wittwe Erben c. Joh. Heinr. August Hoppe Ehefrau ad caus. Joh. Heinr. Aug. Hoppe Concurs 366
Knochenhauer Amt c. die Handelskammer und den bremischen Staat 165 176
Köhnen, Joh. Philipp c. Cornelius Janssen Cornelius 50
Lahrs, Hinrich c. Hinrich Lahrs Wittwe und Johann Lahrs Vormünder 298
Lahusen, C. F. c. die See- und Flußversicherungs-Gesellschaft Pommerania, die Preußische See-Assecuranz-Compagnie und die Actiengesellschaft für See- und Flußversicherungen Union zu Stettin 138
Lorentz, Herm. Gottlieb, jetzt Andreas von Fischer c. Joh. Heinr. Droste 226
Martini, Hugo c, Karl Aug. Ritter und Heinr. Behr. 310
Mönnich, Claus c. Asmus Detlef Joh. Becker Wwe.. 435
Nielsen, Anton & Co. c. die Leipziger Feuerversicherungsanstalt 106
Osterloh, Joh. Wilhelm Beneficial-Nachlaß-Curator c. Heinr. Cornelius Finke 347

Digitized by Google

Perthes, Friedrich Andreas c. Johann Gottlieb Arndt. 390
Pieper, Herm. Wilh. & Consorten c. Herm. Diedr. Bruns 235
Poggenburg, Diedrich c. Pastor Werner Knoop..... 215
Poppe, Johann Georg c. Louis F. Kalkmann & Co. . 379
Poppe, Wilhelm c. Hermann Wätjen. 283
Ramien, H. c. Gruner & Rieke 465
Rosemeyer, Herm. Anton Wwe. c. Herm. Theophilus Plate Wwe., sodann die neue Sparkasse 127
Rust, Johann & Consorten c. Johann Bischoff Wittwe und Herm. Bischoff Vormünder 450
Schmidt, Dr. med. C. H. Wittwe c. N. A. Ordemann 445 446
Schröter, Heinr. Christoph Nachlaß Curator, jetzt Gemma Augustus Kempermann in väterlicher Gewalt von Rudolph Kempermann c. Hinrich Ehlers..... 496
Schwartjes, Lür Conc. Cur. c. Heinr. August Hoyer 506
Sloman, Robert M. jr. c. Hauers & Kobicke 3
Stahl, Oswald c. Carl Georg Philipp Woeltge Beneficial-Erben 94
Stoll, Heinr. Herm. Emil c. Diedr. Anton Adolph Robbe 329
Stürken, Berend c. Johann Haake 376
Sudholz, Christoph Friedrich c. Friedrich Ritscher 307
Tapken, Peter Friedr. Ludw. Ehefrau c. ihren Ehemann 45
Töbelmann, Theodor c. Heinrich Rüprel & Sohn ... 468
Tönnies, Heinrich ux. nom. c. Martin Heinrich Bohne..... 8. 231. 322
Vorschuß-Verein..... 385
Weber & Weinschenk c. Carl Georg Philipp Woeltge Beneficial-Erben..... 79
Ziegfeld, Wilh. Andreas c. Jacob van Limbeck Beneficial-Erben 271

Digitized by Google

Digitized by Google

Sachregister.

A.

Seite

Actio confessoria.

Zu ihrer Begründung gehört, daß der Gegner des Erwerbenden, der sich auf Verjährung beruft, die Ausübung der Servitut kannte oder kennen mußte 229

Actio doli

ist stattnehmig wegen Verleitung zu einem gesetzlich für nichtig erklärten Vertrage. Des dolus macht sich nicht blos der schuldig, welcher seinem Mitcontrahenten die Thatsache verschweigt, worauf die Nichtigkeit beruht, sondern auch der, welcher die betreffende gesetzliche Bestimmung verschweigt, sofern er dieselbe den Umständen nach als dem Mitcontrahenten unbekannt voraussetzen muß, also namentlich, wenn die gesetzliche Bestimmung eine ganz singuläre und der Mitcontrahent ein entfernt wohnender Auswärtiger ist. Auch dolus eventualis genügt zur Begründung derselben ..... 426 sequ.

Actio legis Aquiliae

kann auf Ersatz eines Schadens gerichtet werden, welcher durch widerrechtliche Einwirkung auf unbewegliche Sachen herbeigeführt worden ist 266

sie beschränkt sich nicht auf einen durch Veränderung an der Substanz einer Sache (Vernichtung, Verletzung) gestifteten Schaden, sondern findet als in factum actio auch dann Anwendung, wenn eine Sache auf sonstige Weise unbrauchbar gemacht oder der Verfügung des Eigenthümers, wenn auch nur vorübergehend, entzogen wird 268

Actio Pauliana.

Es steht nach der Praxis des Oberappellations-Gerichts fest, daß diese auch außerhalb des Concurses von einzelnen Gläubigern angestellt werden kann: Anwendung dieses Satzes auf den von Seiten eines Ueberschuldeten vorgenommenen Verkauf einer Lebensversicherungspolice 351

Digitized by Google

Seite

Actio ad supplendam legitimam.

Die Meinung, daß diese actio gleich der querela inofficiosi testamenti in 5 Jahren verjähre, ist unrichtig.... 39

Anerkennung Seitens des Cridars, s. Concurs.

Appellation.

Ist rechtzeitig und sonst ordnungsmäßig, zugleich unter Beifügung der Beschwerden, die Einführung erfolgt, so kann das Gericht, für die Rechtfertigung eine weitere Befristung aus gegründeten Ursachen gestatten, wogegen die rechtzeitige Einführung der Appellation als eine absolute und schlechthin unerstreckliche Nothfrist behandelt werden muß 1. 2

Appellationssumme, s. Proceß.

Arrest.

Die bremische Gerichtsordnung § 350 weicht freilich von dem gemeinen Rechte ab, indem sie für den Fall, daß der Arrestdritte als Adeitat entkennt, den Gegenstand des Arrestes ganz oder theilweise unter sich zu haben, ein förmliches Verfahren zwischen ihm und dem Impetranten eintreten läßt, bei welchem letzterer sich aller im Processe zulässigen Beweismittel bedienen kann. Es ist nicht zulässig diese Vorschrift in einem Falle nicht anzuwenden, wo der Adeitat lediglich Rechte geltend macht, welche angeblich ein Dritter an dem ursprünglich dem Impetraten zuständig gewesenen Arrestobjecte erworben haben soll 124 125

Eine erst in der Replik eines Arrestverfahrens erhobene Klage auf Verurtheilung in die Forderung, um derentwillen Arrest gebeten war, ist sowohl nach gemeinem, als Bremischem Rechte zulässig 203

B.

Beweis.

Die Bestimmung des § 177 der Brem. Gerichtsordnung setzt nicht den Verlust sämmtlicher bis dahin benutzten Beweismittel voraus, auch nicht den Verlust derselben nach der Beweisantretung. Der Beweisführer ist bei einer solchen Substitution der neuen Beweismittel an Stelle der verloren gegangenen weder in Beziehung auf die Zahl, noch in Beziehung auf die Gattung jener Beweismittel einer Beschränkung unterworfen. Die Verhandlungen in der Beweis- und Gegenbeweis-Instanz sind erst mit beendigtem Deductionsverfahren geschlossen. Da der § 177 qu. besondere Vorschriften über die processualische Behandlung der neuen Beweisantretung nicht giebt,

Digitized by Google

Seite

so müssen dabei dieselben Grundsätze entscheiden, welche bei der ersten Beweisführung zur Anwendung kommen ..... 26 sqq.

Etwas rechtlich Unerhebliches soll der Richter nicht zum Beweise verstellen 41

Beweisnachlassungen haben sich speciell an die von den Parteien behaupteten Thatsachen, in so weit sie erheblich sind, anzuschließen 113

Bremische Debitordnung, siehe Debitordnung.

Bremische Erbe- und Handfestenordnung, siehe Erbe- und Handfestenordnung.

C.

Cession.

Auch eine mit Arrest belegte Forderung kann sehr wohl, wenn gleich unbeschadet der Rechte des Impetranten, Gegenstand einer Cession sein 119

Die Rechte eines Cessionars werden durch einen später auf das Cessionsobject impetrirten Arrest nicht beeinträchtigt.. 120

Wenn aus dem Documente über die Cession einer Forderung Verkäufer und Käufer, Kaufobject und Kaufpreis sachlich hervorgehen, ist es nicht nöthig, das Geschäft als Kauf zu bezeichnen; das Erforderniß des Rechtstitels für die Statt gehabte Cession liegt in dem Cessionsdocumente selbst..... 349

Nach Aufhebung des Anastasischen Gesetzes gilt beim Kauf von Forderungen der Grundsatz, daß die Parteien sich beliebig übervortheilen können, in so fern kein dolus begangen, und die Gränzen der Verletzung über die Hälfte nicht überschritten werden 349

Chartepartie.

Bedeutung des Abschlusses derselben durch Vollziehung der Unterschriften von Seiten der Contrahenten in Bezug auf anderweitige in den schriftlichen Vertrag nicht aufgenommenen Bedingungen 467

Competenz.

Für die Angelegenheiten der ruhenden Erbschaft ist das Gericht des Domicils des Erblassers das zuständige, mit der Erbschaftsantretung erlöscht dessen Zuständigkeit..... 308

Concurs.

Welche Beweiskraft hat die Anerkennung des von der Ehefrau des Cridars geltend gemachten Separationsanspruchs in Betreff von in die Ehe inferirten Mobilien abseiten des Ehemanns der Masse und den Creditoren gegenüber 367

Connossementsfracht, s. Seerecht.

Digitized by Google

Contractliche Leistungen.

Contractliche Leistungen, sei es ihrer Existenz, sei es ihrer Beschaffenheit oder ihrem Umfange nach, können nicht von der einseitigen Willensbestimmung des Promittenten, resp. des Promissars allein abhängig gemacht werden 492

Dagegen können in wirksamer Weise die Contrahenten die Bestimmung einzelner Contractspuncte oder die Beurtheilung gewisser contractlicher Leistungen dem billigen Ermessen eines von ihnen selbst anheimstellen. Selbstredend hat dann die einem der Contrahenten eingeräumte Befugniß zur Ausübung des arbitrium boni viri nicht die Bedeutung, daß die Unrichtigkeit resp. Unbilligkeit des Ausspruches unanfechtbar wäre 494

Cura sexus.

In Bremen besteht dieselbe nicht. In Hamburg hat sie in ihrer neueren Gestaltung nur noch die Natur einer sichernden Rechtsform. Der Satz: Locus regit actum entscheidet, wenn es sich um die Frage handelt, nach den Gesetzen welches Orts die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtscurators zu beurtheilen sei..... 357

D.

Debitverfahren.

Im bremischen Debitverfahren ist nicht jedesmal, wenn relevante factische Puncte bestritten sind, auf Beweis zu erkennen und dem die Beweislast aufzuerlegen, welcher sich auf jene Punkte beruft. Der Debitcommission steht eine größere Officialthätigkeit zu 213

Debitordnung, Bremische. §§ 244. 245. 246. 249 c., 53. 91. 92.

Nach gemeinem Rechte können die Gläubiger, die an dem Concursverfahren Theil genommen, so weit sie hier ihre Befriedigung nicht gefunden, sich ihrer Forderungen wegen an das vom Schuldner nach Beendigung des Concursverfahrens und während des Concurses erworbene Vermögen, sofern dieses im letzteren Falle ausnahmsweise nicht zur Masse gehört, halten und stehen hiebei den Gläubigern, deren Forderungen erst nach Eröffnung des Concurses entstanden sind, nicht nach. Das Gleiche gilt nach Bremischem Rechte, abgesehen von § 245 der D. O. ..... 274 sequ.

Insbesondere sind nach Bremischen Rechte die neuen Gläubiger in Bezug auf den während des Debitverfahrens durch persönliche Thätigkeit vom Falliten gemachten Erwerb nicht günstiger gestellt, als in Bezug auf das nach Beendigung des Debitverfahrens vom Falliten erworbene Vermögen. Sie

Digitized by Google

Seite

genießen in Bezug auf Ersteren keinerlei Separations- oder Vorzugsrecht vor den älteren nicht befriedigten Gläubigern cf. jedoch § 145 der D- O..... 276 sequ.

E.

Editionseid.

Ist eine besondere Bescheinigung des Besitzes der Urkunden neben dem Editionseide erforderlich, oder vertritt diese der gedachte Eid? 243

Editionspflicht, siehe Proceß.

Eherecht.

Umfang der Pflicht der von ihrem Ehemann gerichtlich von Tisch und Bett getrennten Ehefrau, welcher auf Antrag des Ehemanns gerichtlich aufgegeben war, das eheliche Leben wieder mit dem Ehemanne zu beginnen und ihm sobald er ihr eine angemessene Wohnung angewiesen haben werde, in dieselbe zu folgen..... 447

Ehescheidung.

In einer Ehescheidungssache ist wie nach gemeinem Rechte, so auch nach dem § 12 d. Brem. Gerich:sordnung der Richter nicht schlechthin an das Vorbringen und die Anträge der Parteien gebunden, indem insbesondere, was die Lösung oder Aufrechthaltung des vinculum matrimonii betrifft, sowohl die Wirksamkeit einer bloßen Willensübereinstimmung der Parteien, als auch diejenige colludirender Zugeständnisse, ferner des Vergleichs und der auf solchem beruhenden Eidesdelation ausgeschlossen oder doch beschränkt ist. Sollte ein Richter in einer Ehescheidungssache zu weit von dem Verhandlungsprincip abgewichen sein, so kann hierin nicht ein Fehlgriff in procedendo, sondern nur in judicando erblickt werden..... 46

Erbe- und Handfestenordnung.

Wann ist die unterlassene Anmeldung von Servituten bei der Abkündigung bedeutungslos?..... 218

Die Bestimmungen des § 35 b der Erbe- und Handfestenordnung finden auch auf Feldgrundstücke Anwendung..... 219

Nach der Erbe- und Handfestenordnung vom 30. Juli 1860 kann der Verkäufer eines Immobile, wenn der Verkauf unter der Hand geschehen, begehren, daß der ganze Kaufpreis vom Käufer deponirt werde. Hat aber der Verkäufer schon einen Theil des Kaufpreises ausgezahlt erhalten, so kann er die Deposition des Kaufgeldrestes erst beanspruchen, wenn er die Tilgung der Belastungen des Immobile, so weit letztere über den Betrag des Kaufgeld r e s t e s hinausgehen, herbeigeführt hat.. 441

Digitized by Google

Seite

Erbrecht.

Es ist ein ausgemachter Satz des bremischen Rechts, daß bei beerbter Ehe bei eintretendem Tode des Vaters zwar die Mutter, bis Gründe zur Theilung eintreten, den Besitz im Sammtgute behält, daß aber dieses Sammtgut sofort als auf die Kinder resp. deren Descendenten und auf die Wittwe vererbt angesehen wird, so daß jedes Kind mit diesem Augenblicke ein ihm nicht mehr entziehbares Recht auf seinen Kopftheil erworben hat, dergestalt, daß noch während des Beisitzes der Mutter, wenngleich unbeschadet desselben ein sich verehelichendes Kind seinen Kopftheil in die Ehe inferiren, auch über denselben letztwillig verfügen kann, und eine wirkliche Erbfolge eines nicht reell abgetheilt verstorbenen Kindes eintritt. 36 37

Es ist ein Satz des bremischen Rechts, daß wenn ein Mann zu einer zweiten Ehe schreitet, ohne (was ihm gestattet ist) mit den Kindern erster Ehe abzutheilen, und er nun vor der zweiten Ehefrau stirbt, diese verpflichtet ist, ihre Ehe mag beerbt sein oder nicht, ihre Stiefkinder sofort abzutheilen.. 37

Wenn ein Erbe an die von ihm geschehene Anerkennung einer an sich wirkungslosen Verfügung gebunden ist, so ist dies auch des Erben Erbe 40

Pro herede gestio liegt namentlich auch in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts, durch welches man über den Nachlaß oder einzelne Bestaudtheile desselben als solche eine Verfügung trifft 359

Executivproceß.

Abermalige Anerkennung der am 18. December 1856 in S. von Tungeln Wwe., c. Winkelmann entwickelten Rechtssätze in Betreff des in Bremen durch die Praxis festgehaltenen Executivprocesses..... 204 507

Das Fehlen der Executivclausel ist für die Einleitung des Executivprocesses bedeutungslos. Der Mangel eines Zahlungstermins steht seiner Statthaftigkeit nicht entgegen 205

Expropriation.

Durch die Zwangsenteignung von Grundstücken, welche sich nicht in dem unbestrittenen Besitz oder Eigenthum Jemandes befinden, von denen vielmehr das eine oder das andere von verschiedenen Personen in Anspruch genommen wird, wird in gegenseitigen privatrechtlichen Verhältnissen der bisherigen Besitzer oder Eigenthümer nichts geändert..... 169

Die Beweislast in dem Streite zwischen dem zu Expropriirenden und dem Profitenten bestimmt sich nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen 170

Digitized by Google

Seite

Wesentlicher Unterschied zwischen dem Verfahren bei Uebertragung des Eigenthums von Immobilien nach der Erbe- und Handfestenordnung und dem nach dem Expropriationsgesetze... 170

Extrajudicial-Appellation siehe Proceß.

F.

Firma, Anmeldung derselben.

Der Vorschuß-Verein ist der Anmeldungspflicht nach der Verordnung vom 13. Febr. 1860 über Errichtung und Aufhebung von Handelsfirmen ꝛc. nicht unterworfen..... 385

G.

Gewohnheitsrecht.

Der Beweis eines Gewohnheitsrechts ist nicht nachzulassen, wenn die Partei es an einer genügenden thatsächlichen Begründung der betreffenden Behauptung hat fehlen lassen..... 401 424

Gravamina appell. siehe Proceß.

H.

Hereditatis petitio

ist ebensowohl gegen Universalfideicommissare als gegen solche, welche ein wirkliches Erbrecht in Anspruch nehmen, zulässig... 48

I.

Immemorialverjährung.

Nach der richtigen, auch in der Praxis recipirten Ansicht kann bei dieser von dem Beweisführer ein Mehreres, als der Beweis eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden, seiner rechtlichen Intention entsprechenden factischen Zustandes nicht verlangt werden... 183

Inhaberpapiere, Vindication derselben, siehe Vindication.

K.

Kauf.

Die heutige Rechtsübung spricht entschieden für die Möglichkeit, daß die Preisbestimmung beim Kaufcontract arbitrio boni viri einem der Contrahenten überlassen werden könne..... 60

Die Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Lieferung (von Immobilien, deren eines mit einer Servitut belastet war) giebt dem vom Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises erhobenen Anspruche gegenüber kein weiteres Recht als entweder auf Redhibition oder auf Minderung des Kaufpreises, nicht aber ein Recht auf Beseitigung der Mangelhaftigkeit und Reten-

Digitized by Google

Seite

tion des Kaufpreises bis dieſe geſchehen 285

Die Clauſel beim Kaufcontract: „der Kaufpreis ſei zu zahlen, ſobald die Lieferung vollſtändig geſchehen ſein werde", hat nicht die Bedeutung, daß der Käufer im Falle unvollſtändiger Lieferung die Zahlung gänzlich und ſelbſt dann verweigern dürfe, wenn er ſich nicht dazu bereit erklärte, das Gelieferte zu reſtituiren 287

Die Geſammtheit der contractlichen Leiſtungen des Verkäufers ſteht, wenn nichts anderes ausgemacht worden, zu der Zahlungspflicht des Käufers in dem Verhältniſſe, daß die letztere aufgeſchoben werden darf, bis jene Leiſtungen erfüllt ſind, und folgt aus der Verabredung eines Zahlungstages für den Kaufpreis allein nicht, daß der Käufer nach dem Eintritt des Zahlungstages unabhängig von den Leiſtungen des Verkäufers den Kaufpreis zu zahlen habe 438

Kauf ad gustum.

Bei einem ſolchen findet eine Provocation auf das arbitrium boni viri nicht Statt. Analog iſt das Engagement eines Schauſpielers zu beurtheilen, welcher ſich in Bezug auf den Werth ſeiner artiſtiſchen Leiſtungen der Entſcheidung der Direction unterworfen hat 313

Klage.

Eine Klage muß als verfrüht abgewieſen werden, deren weſentlich zum Klagefundamente gehörige Thatſachen erſt nach ihrer Anſtellung zur Exiſtenz gekommen ſind 6

Bei Ungenauigkeit im petitum der Klage iſt der Richter kraft ſeines officii suppletorii ebenſo berechtigt als verpflichtet, wenn Zweck und Meinung einer Klage keinem Zweifel unterliegen, zu deren Aufrechthaltung ſolche Ungenauigkeiten im petitum zu verbeſſern 38

L.

Laesio enormis.

Aleatoriſche Verträge ſind wegen einer Verletzung über die Hälfte nicht anfechtbar 352

findet nur bei dem Kauf und dem Kaufe ähnlichen onerosen Contracten ſtatt 358

Lotterie.

Nach dem Plane der Braunſchweig-Lüneburgſchen Landes-Lotterie darf der Gewinner den auf ein Loos gefallenen Gewinn nur vom Collecteur fordern, es ſei denn, daß derſelbe die rechtzeitige Auszahlung deſſelben verweigert, in welchem Falle die Klage gegen die Lotteriedirection zu richten iſt 479

Digitized by Google

Seite

Der §. 14 des Plans bestimmt ausdrücklich, daß nach Ablauf von drei Monaten der Anspruch aus dem Gewinnloose nur zu Gunsten der Lotterie-Casse wegfallen soll. Der Ablauf dieser Frist kann also nie dahin führen, daß der Collecteur den in seinen Händen verbleibenden Gewinn dem Spieler vorenthalten darf 481

Bremische Verordnung vom 10. April 1823 wegen der Lotterien. Bedeutung der Bestimmung derselben sub 6e ... 488

M.

Manifestationseid, s. Proceß.
Mutatio libelli, s. Proceß.

N.

Nachdruck.

Die Bundesbeschlüsse über den Nachdruck enthalten eine genaue Feststellung des Thatbestandes dieses Delicts nicht.... 391

Thatbestand des Nachdrucks 393

Die in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Nachdrucksgesetze sind als Ergänzungen der Bundesbeschlüsse anzusehen 396

Sammlungen von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller zum Schulgebrauche sind auch nach den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck für erlaubt zu halten, wenn nicht die Form eines Sammelwerks gewählt worden, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen 397

Nichtigkeit.

Durch den Erlaß einer sententia contra sententiam wird eine unheilbare Nichtigkeit nicht begangen 47

Nichtigkeitsbeschwerde.

Es ist ein von dem Ober-Appellations-Gerichte constant befolgter Grundsatz, daß nur wegen Nichtigkeiten in dem Verfahren des Obergerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellationsgericht gerichtet werden könne und es unzulässig sei, die Nichtigkeitsgründe, welche gegen das erste Verfahren bei dem Obergerichte mittelst Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht und verworfen sind, auf dem Wege des gleichen Rechtsmittels bei dem Ober-Appellationsgerichte abermals zur Entscheidung zu bringen 167

Die Verwerfung von Nichtigkeitsgründen kann mittelst ordentlicher Rechtsmittel, insonderheit der Appellation, beim Vorhandensein ihrer sonstigen Voraussetzungen, insonderheit der Appellationssumme, angefochten werden..... 168

Digitized by Google

Seite

O.

Obligation.

Solche enthält nur ein generelles Empfangsbekenntniß, welches nicht nothwendig auf ein schon zur Zeit der Ausstellung empfangenes Darlehen zu beziehen ist, welches vielmehr nach der wahren Meinung des Ausstellers nicht ohne Weiteres mit der Niederschreibung, sondern nur unter der Voraussetzung resp. erst dann bezeugende und bindende Kraft erhalten soll, wenn durch wirkliche Hingabe des Geldes der Darlehensvertrag perfect geworden sei oder noch zur Perfection gelangen werde. 524

Oeffentliche Wege, s. Wege.

P.

Pluspetitio.

Eine pluspetitio re führt heutzutage keine völlige Abweisung mehr herbei, sondern hat nur die Folge, daß auf das wirklich Geschuldete erkannt wird 161

Pro herede gestio siehe Erbrecht.

Proceß.

Sind die vorgetragenen Thatsachen ausreichend zur Annahme einer verneinenden Streiteinlassung oder einer Einrede, so hat der Richter dasjenige, was den Rechten entspricht, aus ihnen zu entnehmen, ohne daß es auf die Form der Bezeichnung weiter ankommt 111

Gegen die Mängel der Rechtsverfolgung ihres Anwaltes soll die Partei von Amtswegen thunlichst geschützt werden.... 172

In Bremischen Rechtssachen wird während der Gerichtsferien des Oberappellationsgerichts der Lauf der an diesem Gerichte zu beobachtenden Fristen gänzlich gehemmt 231

Ein jedes Gericht hat die Befugniß, die bei ihm selbst vorhandenen Wahrheitserforschungsmittel anzuwenden, sobald deren Bezugnahme von einer der Parteien, wenn auch nur mittelbar, vorliegt 249

Der rechtskräftig nach Maßgabe des derzeitigen Acteninhalts als Wahrheitseid formulirte Eid kann nicht mehr auf einseitigen Antrag des Schwurpflichtigen, sondern nur im Wege der Restitution in einen Glaubens- oder Nescienz-Eid verwandelt werden, es sei denn, daß die betreffende Partei noch keine Gelegenheit hatte, die Frage, ob der Eid als Wahrheits- oder Nescienzeid zu fassen sei, zur Erörterung zu bringen 293

Wer sich der Verbindlichkeit, über seine eignen Handlungen in Wahrheitsform zu schwören, entziehen will, muß einen be-

Digitized by Google

Seite

sonderen Befreiungsgrund für sich haben; als solcher kann selbstredend das eigne Verschulden nicht gelten 294

Der Satz, daß eine Beweisauflage den Rechten nach zu interpretiren sei, findet nur insoweit Anwendung, als über die wahre Intention derselben Zweifel obwalten 338

Bei Beweisen über eine Mehrheit von Gegenständen, z. B. bei Ansprüchen der Ehefrau auf eine Separation einer Menge einzelner Gegenstände aus der Concursmasse des Ehemannes, kann unter Umständen von eigentlicher Vollständigkeit abgesehen und im Falle eines im Uebrigen Statt findenden Gelingens der Beweis im Betreff einzelner nicht besonders nachgewiesener Gegenstände durch einen Eid des Beweisführers ergänzt werden 368

Appellationssumme.

Der Begriff von Gegenständen von bestimmtem Werthe besteht nicht darin, daß darunter nur solche Dinge zu verstehen sind, welche an sich schon, ohne daß es einer Schätzung bedürfe, einen festen Werth haben, sondern darin, daß der Gegenstand füglich eine Schätzung zulasse und den Gegensatz von solchen Dingen bilde, bei welchen gar keine eigentliche Abschätzung, sondern nur eine arbiträre Veranschlagung thunlich ist. Acker und Landstücke sind daher zu den Gegenständen von bestimmtem Werthe zu rechnen 377 504

Servituten werden nach gemeinem, in Bremen nicht abgeänderten Rechte zu den Sachen gezählt „so nicht gewisse Achtung haben", welche von unbestimmtem Werthe sind. Der Umstand, daß der Kläger eine solche Sache in erster Instanz beim Untergericht angebracht hat, übt auf die Zulässigkeit der Appellation keinen Einfluß 514

Editionspflicht des Klägers dem Beklagten gegenüber und des Beklagten dem Kläger gegenüber, Gerichtsordnung §. 430 241

Extrajudicial-Appellation.

Die Verfügungen der unteren Instanzen in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, sowie überhaupt von administrativem Character sind dann und insofern bei dem Oberappellations-Gerichte mittelst der Extrajudicial-Appellation anfechtbar, wenn und soweit sie Rechtsverletzungen enthalten 386

Gravamina appell.

Generelle Beschwerden sind nicht zu berücksichtigen 228

Manifestationseid eines Miterben, welcher sich in den Besitz eines Nachlasses gesetzt hat, ohne ein Inventar zu errichten; Character des Manifestationseides 238

Digitized by Google

Seite

Mutatio libelli.

Es ist unzulässig, einem in erster Instanz begonnenen Besitzstreit in zweiter Instanz einen Streit über die Gerechtsame selbst zu substituiren 228

Testes noviter reperti.

Mit solchen kann der Beweisführer auch beim Rechtsmittel der Restitution nicht zugelassen werden, wenn es nur an ihm gelegen hat, daß er sie nicht früher entdeckt hat und namentlich, wenn diese Zeugen über dieselben Thatsachen aussagen sollen, über welche bereits die früheren Zeugen ausgesagt haben, was post apertos rotulos unzulässig ist 323

Bei processualischen Restitutionen, sowie bei dem beneficium novorum wird nur demjenigen zu Hülfe gekommen, der es an der nöthigen Diligenz nicht hat fehlen lassen cf. p. 323 374

Verhandlungsmaxime.

Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, welche sich auf eine aus Gründen des öffentlichen Wohls getroffene Gesetzesvorschrift stützen, sind auch von Amtswegen zu berücksichtigen 425

S.

Schauspieler, contractliche Unterwerfung seiner Leistungen unter die Entscheidung der Direction 313

Schenkung, Insinuation derselben.

Bedarf ein negotium cum donatione mixtum, wenn der Werth des Geschenkten über 500 solidi, der Insinuation? — Der Werth der dem Beschenkten vermöge dieses Geschäfts auferlegten Leistung ist von dem ihm überlassenen Gesammtobject in Abzug zu bringen; nur der übrig bleibende Betrag ist als Gegenstand wirklicher Schenkung anzusehen, auf welchen die Vorschrift der Insinuation Anwendung findet. Weder die notarielle Form der Schenkung, noch die Einreichung derselben bei der Pupillencommission und die Bestätigung durch diese kann als gerichtliche Insinuation aufgefaßt werden 364

Seerecht.

Auf den Grundsatz, daß der Ladungsempfänger nur die Connoissementsfracht zu zahlen habe, kann derselbe sich dem Verfrachter gegenüber dann nicht berufen, wenn er selbst der Charterer ist und Connoissements- und Charter-Fracht nicht übereinstimmen 408

Statutencollision.

Der Proceßrichter hat ein in seinem Staate bestehendes absolutes Prohibitivgesetz auch auf solche Fälle anzuwenden, welche

Digitized by Google

Seite

abgeſehen davon nach einem anderen örtlichen Rechte zu beurtheilen ſein würden 419

Stellvertreter. Wirkung der durch Stellvertreter abgeſchloſſenen Verträge.

Hat der Stellvertreter von einem einflußreichen Umſtande Kunde, ſo hat der Principal die Folgen davon ebenſo zu tragen, als wenn er den Umſtand ſelbſt gekannt hätte. Der Principal iſt aber deshalb noch nicht als ein wirklich Wiſſender anzuſehen 430

Suspenſiveffect.

Formalien bei Beſchwerden über Verwerfung eines Antrags auf Verſagung der Suspenſivwirkung von Seiten des Obergerichts 319

T.

Teſtament.

Ein Erbe, welcher ein nichtiges Teſtament nicht mit dem vollen Bewußtſein der Ungültigkeit anerkannt, kann, wenn er zur Erkenntniß der Ungültigkeit gelangt, immer noch ſein geſetzliches Erbrecht in Anſpruch nehmen, auch kann das Gleiche von ſeinen Erben geſchehen 40

Wenn ein Teſtator, der nach bremiſchem Rechte lebt, auch über die Vererbung der Kopftheile ſeiner Kinder verfügt, ſo hat er zwar Etwas gethan, wozu er nicht befugt war und iſt dieſe Verfügung wirkungslos, ſie erzeugt aber nicht die Nichtigkeit des Teſtaments 40

Wenn eine Thatſache, welche der Teſtator als Motiv zu der von ihm getroffenen Verfügung im Teſtamente angegeben hat, ſich als unwahr herausſtellt, der Teſtator ſie aber für wahr gehalten und nur dadurch zu ſeiner Dispoſition veranlaßt iſt, ſo iſt dieſe letztere in der Regel nichtig. Dies Motiv muß eine objectiv abſolut unwahre Thatſache ſein, welche der Teſtator für wahr gehalten hat 302

Teſtamentsmündigkeit.

Es iſt zweifelhaft, ob die alten ſtatutariſchen Mündigkeitstermine von 18 resp. 15 Jahren als die der Teſtamentsmündigkeit jetzt in der Stadt Bremen nicht mehr gelten 451

Daß in dieſer Beziehung im Bremiſchen Landgebiete das gemeine Recht gilt, iſt, inſofern die Kläger nicht ein entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht erweiſen, anzunehmen 460

Gemeinrechtlich iſt die Gültigkeit der im mündigen Alter errichteten Teſtamente von individueller Reife der Teſtirenden nicht abhängig 461

Testes noviter reperti, ſ. Proceß.

Digitized by Google

Seite

Tradition.

Wenn ein Verkäufer anſtatt das Vertragsobject durch einen gemeinſchaftlichen Act zu überliefern, dem Käufer geſtattet, ſeinerſeits den Beſitz der Sache zu ergreifen, und dieſer von der Erlaubniß, mittelſt eines entweder von ihm ſelbſt oder durch dazu beſtellte Dritte (z. B. mercenarii) vollzogenen Apprehenſionsacts Gebrauch gemacht hat, ſo ſteht dieſer Beſitzerwerb in jeder Beziehung einer eigentlichen Tradition gleich, er iſt nur eine erweiterte Form der Tradition, und es macht dabei keinen Unterſchied, ob die Erlaubniß ausdrücklich ertheilt wurde, oder der Käufer ſich nur unter Vorwiſſen und Dulden des Verkäufers in Beſitz ſetzte, wiewohl ſelbſtverſtändlich die Erlaubniß nicht ſchon in dem vorausgegangenen Contract, wenn er deßhalb keine beſondere Nebenberedung enthielt, gefunden werden darf..... 68

Die Verordnung vom 25. Aug. 1848 erklärt alle Vereinbarungen, wodurch das Eigenthum an beweglichen Sachen ohne Tradition (d. h. ohne reelle Tradition) übertragen werden ſoll, insbeſondere das constitutum possessorium in Beziehung auf dieſen Zweck für wirkungslos. Iſt aber eine körperliche Tradition vor ſich gegangen und die Betheiligten ſind daneben (früher oder ſpäter) übereingekommen, daß die Sache bis auf Weiteres zu beliebiger Verfügung des Erwerbers noch im Gewahrſam des Veräußerers bleiben, oder von dieſem im Namen des Erwerbers detinirt werden ſolle, ſo bleibt für den Uebergang des Eigenthums der Traditionsact das allein Entſcheidende 75

U.

Ulpians Mortalitätstabelle

dient den Verſicherungsgeſellſchaften notoriſch nicht als Baſis. 350 352

Urkunde.

Das bloße Anzweifeln der Aechtheit resp. der officiellen Eigenſchaft einer von einem zuſtändigen Beamten (z. B. Landherrn) herrührenden und in amtlicher Eigenſchaft aufgenommenen Urkunde genügt nicht zu deren Verdächtigung. Dazu bedarf es der Vorſchützung und Begründung beſtimmter Einreden. Die archivaliſche Qualität der Urkunde iſt das Entſcheidende 190

V.

Verhandlungsmaxime, ſ. Proceß.

Verjährung.

Die Einrede der Verjährung iſt nicht ex officio zu ſuppliren..... 480

Digitized by Google

Seite

Vindication von Inhaberpapieren.

Für die Vindication von Inhaberpapieren gelten in Ermangelung particularrechtlicher, gerade diesen Gegenstand betreffender Bestimmungen, im Allgemeinen keine anderen Grundsätze als für die Vindication beweglicher Sachen überhaupt, namentlich hinsichtlich des Besitzes und dessen Folgen..... 135 136

W.

Waarenmälerordnung vom 29. Decbr. 1828.

Bedeutung und Umfang des Schlußsatzes des §. 40 derselben..... 416

Wege, öffentliche.

Oeffentliche d. h. zum Gebrauche Aller bestimmte Wege stehen, auch wenn der Grund und Boden derselben sich im Privateigenthum befindet, nicht unter den von Servituten geltenden Grundsätzen. Die Qualität eines solchen öffentlichen Weges kann nicht durch ordentliche oder außerordentliche Ersitzung, sondern nur durch unvordenkliche Verjährung begründet werden..... 404

Z.

Zeuge.

Ein Wechselfälscher hat als Zeuge jede Glaubwürdigkeit eingebüßt..... 498

Die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen wird dadurch, daß derselbe in eine Untersuchung verwickelt gewesen, jedoch durch die Anklagekammer außer Verfolgung gestellt worden ist, nicht gemindert..... 499

In Abhängigkeit von einer der Parteien stehende Diener sind verdächtige Zeugen, um so mehr solche, welche als Geschäftsführer dem ganzen Gewerbe eines der Streittheile vorstehen .. 517

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Simon Meyer aus Oldelebsen, Königlich Hannoverschen Amts Uslar, Impetratens und Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Isaak Pincus Goslar zu Bremen, Impetranten und Klägern, jetzt Appellaten, Arrest und Forderung betreffend, wird Letzterem die von Ersterem unterm 14. December 1861 allhier eingereichte Einführung der Appellation und Beschwerden ꝛc. nebst Vollmacht und Anlage 4 abschriftlich hieneben zur Nachricht mitgetheilt, auch gebetenermaßen dem Appellanten für diese Instanz das Armenrecht hierdurch bewilligt, und da Inhalts der, für die Formalien der Rechtsmittel, sofern nicht besondere gesetzliche Bestimmungen der Freien Städte zur Anwendung kommen, schlechthin maaßgebenden Ober-App.-Ger.-Ordnung

1) Einführung und Rechtfertigung der Appellation bei Strafe der Desertion binnen einer und derselben, für Bremen auf 8 Wochen vom Tage der Publication des angefochtenen Erkenntnisses festgestellten Frist — vgl. O.-A.-Ger.-Ordnung §. 123 und 124 — zu erfolgen hat, welche in vorliegendem Fall, da letzteres am 7. October publicirt ist, mit dem 2. December abgelaufen war, nun aber die Einführung der beklagtischen Appellation erst am 14. dess. Monats stattgefunden hat, sonach deren Desertion klar vorliegt; da auch gedachte Ordnung

2) von obiger Regel im §. 125 nur die Eine Ausnahme gemacht hat, daß, wenn rechtzeitig und sonst ordnungsmäßig, zugleich unter Beifügung der Beschwerden, die Einführung erfolgt ist, dann für die Rechtfertigung eine weitere Befristung zu ertheilen, dem Gericht gestattet ist, dafern solche aus bescheinigten, dringenden und in den Verhältnissen der Sache oder den betreffenden Personen gegründeten Ursachen bei der Einführung erbeten wird, hiernach denn

Digitized by Google

3) die rechtzeitige Einführung der Appellation als unter allen Umständen unerläßlich sich darstellt, und die obige achtwöchige Frist in solcher Richtung nach der Ober-App.-Ger.-Ordnung, gleichwie in vielen anderen Proceß-Gesetzgebungen, als eine absolute und schlechthin unerstreckliche Nothfrist behandelt werden muß, mithin

4) darauf, ob, wenn selbige überhaupt und insbesondere durch Uebereinkunft der Parteien erstreckbar wäre, zum Erweise der letzteren die Anlage 4 nach Form und Inhalt genügen würde, vorliegend nicht weiter einzugehen ist;

so erkennt das Ober-App.-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die eingewandte Appellation, wie hiemit geschieht, als desert zu verwerfen, und es unter Verurtheilung Appellantens in die Kosten jetziger Instanz bei dem Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 7. October v. J. lediglich zu belassen sei;

und soll wegen Insinuation dieses Urtheils an den Appellaten behufiges Ersuchungsschreiben an das Obergericht erlassen werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 9. Januar 1862.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Hauers & Kobicke in Bremen, Beklagter, jetzt Appellanten, wider Robert M. Sloman junr. zu Hamburg, Klägern, jetzt Appellaten, wegen theilweiser Rückforderung eines geleisteten Vorschusses, erkennt das Ob.-App.-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 4. Juni 1860, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten, zu bestätigen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 23. Januar 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die erste und zweite Beschwerde gehen, ungeachtet der Fassung der ersten, nach der von den Beklagten in voriger
pag. 2. Instanz gegebenen bestimmten Erklärung und nach der sowohl dort als in dieser Instanz gegebenen Ausführung nur dahin, daß die Klage nicht deshalb, weil der Kläger unterlassen habe, die Beklagten von dem Nichtzustandekommen des Accords von Schnell & Meyer zu unterrichten, vielmehr es zum gerichtlichen Concursverfahren habe kommen lassen, ohne ihnen litem zu denunciiren, ohne Weiteres definitiv abgewiesen sei. Diese Beschwerden mußten aber für völlig unbegründet erachtet werden.

Die Beklagten sind am 17. Juni 1858 wegen ihrer Forderung von Ld'or.ℳ 38871. 47 ℳ dem von der Handlung Schnell & Meyer proponirten Accorde zu 50 Procent, wenn gleich vorbehältlich ihrer Rechte gegen ihnen sonst Verpflichtete, beigetreten

H.-G. Act. No. 5.

Sie haben dies aber, da ihnen daran lag, die 50 Procent ihrer Forderung sofort zu erhalten, nur gethan in Folge einer besonderen Uebereinkunft mit dem Kläger, der sich bereit erklärte, ihnen den Betrag dieser 50 Procent vorzuschießen, und sie haben an demselben Tage, an welchem sie dem Accorde beigetreten sind, gegen Trassirung jenes Betrages auf den Kläger, diesem dagegen zur Deckung der von ihm zu leistenden Accepte, die künftig aus der Masse von Schnell & Meyer, sei es in Folge gerichtlicher Behandlung derselben, sei es in Folge eines außergerichtlichen Accordes, zu erwartende Dividende bis zu dem auf ihn entnommenen Betrage cedirt, und dabei die Verpflichtung übernommen, falls der proponirte Accord von 50 Procent
pag. 4. nicht zu Stande kommen und die Masse eine geringere Dividende als 50 Procent ergeben sollte, dem Kläger den aus der

Digitized by Google

Masse nicht vergüteten Theil des empfangenen Vorschusses sofort zurückzuzahlen.

Ebendas. No. 6.

Die Beklagten haben hiernach dem Kläger nicht, wovon sie fortwährend ausgehen, ihre Forderung an Schnell & Meyer cedirt, weder ganz noch theilweise, sondern ihm nur zu seiner Sicherheit das eventuelle noch völlig ungewisse Resultat, welches die Masse für dieselbe ergeben werde, bis zur Höhe von 50 Procent überwiesen. Daß nur dies die Meinung der Contrahenten gewesen ist, besagen nicht nur die klaren Worte des Briefes vom 17. Juni 1858, sondern ergiebt sich daraus, daß, obgleich Schnell & Meyer und die Administratoren ihrer Masse, zu denen auch der Kläger gehörte, wie sich aus der zu den Acten gekommenen Correspondenz ergiebt, von dieser Ueber- pag. 5.
einkunft unterrichtet worden waren, gleichwohl die Beklagten als Gläubiger von Schnell & Meyer, nachdem die gegenwärtige Klage bereits angestellt war, bei dem Handelsgerichte in Hamburg mit einem Antrage auf Revision des Debitverfahrens aufgetreten, auch damit zugelassen sind.

War der Kläger nun aber nicht Cessionar der Forderung der Beklagten geworden, sondern ihm zu seiner Sicherheit nur das Recht ertheilt, sich aus der zu erwartenden Dividende wegen seines Vorschusses bezahlt zu machen, so ist auch der vom Kläger darauf, daß er durch die von der Schnell & Meyer'schen Masse erhaltenden Dividende wegen seines Vorschusses nicht vollständig befriedigt worden sei, gegründete Anspruch auf Rückzahlung des nicht gedeckten Theils keine Regreßnahme, sondern eine Klage aus der von den Beklagten ausdrücklich und unbe- pag. 6.
dingt für solchen Fall übernommenen Verpflichtung, und so kann folgeweise auch nicht davon die Rede sein, daß der Kläger, um sein Recht aus diesem Pactum geltend zu machen, die Beklagten von dem Nichtzustandekommen des proponirten Accords hätte unterrichten, oder gar ihnen förmlich litem hätte denunciiren müssen: und zwar letzteres um so weniger, als ja bei der Cession der Dividende bis zu 50 Procent, wie bereits bemerkt, ebensowohl der Fall, daß es zur gerichtlichen Behandlung

Digitized by Google

der Masse, als der, daß es zu einem außergerichtlichen Accorde kommen sollte, in's Auge gefaßt war.

Hiernach bedarf es keiner Ausführung darüber, ob selbst dann, wenn eine wirkliche Cession der Forderung der Beklagten an den Kläger, verbunden mit einer Garantie für die Güte derselben bis zu 50 Procent, vorläge, zumal in dem gegen-
pag. 7. wärtigen Falle, wo nicht die Verität der Forderung bis zu diesem Betrage bestritten worden ist, sondern sie nur angeblich wegen Insufficienz der Masse nicht bis zu jenem Betrage hat realisirt werden können, was sich ja erst bei der endlichen Liquidation ergeben konnte, eine Verpflichtung des Klägers beim Nichtzustandekommen des Accords den Beklagten litem zu denunciiren, vorgelegen haben würde.

II. Die dritte eventuelle Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß nicht die Klage als zur Zeit unbegründet und zwar aus dem Grunde angebrachtermaßen abgewiesen sei, weil durch das eigene Geständniß des Klägers feststehe, daß zur Zeit der erhobenen Klage noch kein rechtskräftiges Erkenntniß dafür vorhanden gewesen sei, daß die Masse von Schnell & Meyer für die Buchgläubiger keine 50 Procent ergebe. — Allein auch dieser Beschwerde war nicht stattzugeben.

pag. 8. Allerdings zwar muß eine Klage als verfrüht abgewiesen werden, deren wesentlich zum Klagefundamente gehörige Thatsachen erst nach ihrer Anstellung zur Existenz gekommen sind,

v. Savigny System Th. 6. §. 262.

wie dies vom O.-A.-Gerichte auch bereits früher wiederholt ausgesprochen ist.

Fahrweg c. Bechtel. 1845.
Innecke c. Leidig. 1849.

Allein dieser Fall liegt hier nicht vor.

Das Erkenntniß des Hamburgischen Handelsgerichts, auf Grund dessen von demselben bezeugt worden ist, daß die Masse von Schnell & Meyer nur eine Dividende von 32 mß 14½ ß auf je 100 mß ergeben habe, ist vom 4. Juli 1859.

H. G.-Acten No. 3.

Die Citation zur Klage dagegen ist erfolgt am 8. Sep-
pag. 9. tember 1859, war also hienach nicht verfrüht. Nun hat zwar

Digitized by Google

das Hamburger Handelsgericht nach Anstellung der Klage, am 22. September 1859, einem, Namens der Beklagten auf den 7. Additionalartikel der Hamburg. Falliten-Ordn. gegründeten Antrage auf zu gestattende Prüfung des Schlußberichts der Administratoren durch einen beeidigten Buchhalter stattgegeben. Allein dieser Schritt der Beklagten würde, falls er erfolglos geblieben sein sollte, nicht die Wirkung haben können, daß nun die angestellte Klage als verfrüht zurückgewiesen werden müßte, indem sich dann gerade ergeben hätte, daß am 4. Juli 1859 die Dividende richtig festgestellt worden sei. Freilich hat das Bremische Handelsgericht zu dem dem Kläger auferlegten Beweise, daß die Masse von Schnell & Meyer eine geringere Dividende als 50 Procent ergeben habe, in den Entscheidungsgründen bemerkt, es müsse, um diesen Beweis zu erbringen, pag. 10.
auch nachgewiesen werden, daß die Geschäfte der Administration beendet und diese entschlagen sei, und nun hat der Kläger in der gegenwärtigen Instanz eingeräumt, daß die förmliche Entschlagung der Administratoren erst durch ein Erkenntniß des Hamb. Handelsgerichts vom 2. Juli 1860 erfolgt sei.

O.-A.-Ger.-Acten No. 11 p. 9.

Indessen muß es dem Handelsgericht überlassen bleiben, demnächst nach Beendigung des Beweisverfahrens darüber zu entscheiden, ob und welchen Einfluß die durch jenen Antrag der Beklagten verzögerte formelle Entschlagung der Administratoren auf die Erbringung des obigen Beweises auszuüben vermöge.

Bei erfolgender Bestätigung des angefochtenen Erkennt- pag. 11.
nisses waren die Beklagten auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Martin Heinrich Bohne zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Heinrich Tönnies uxor. nom. Meta geb. Schriefer (rectius Schriever) zu Wolfenbüttel Klägern jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 1. October 1860, unter Verurtheilung Appellantens in die Kosten jetziger Instanz, lediglich zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. Januar 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Von den durch das rechtskräftige Beweis-Interlocut vom 11. October 1858

vgl. O. G.-Act. [13].

angeordneten Beweisführungen steht

A) die Beweisauflage, welche sub I. dem Kläger über pag. 2.
eine seiner Ehefrau bei dem Engagement für das Wolfenbütteler Fabrikgeschäft des Beklagten versprochene Remuneration von 1000 ℛ gemacht ist, dermalen überall nicht weiter in Frage, indem Kläger bei der sub I. des Obergerichts-Erkenntnisses vom 5. März 1860

ibid. [39].

dieserhalb ergangenen und in revisorio unterm 1. October 1860 lediglich bestätigten

ibid. [44] vgl. mit [41] p. 1.2.

Entscheidung, daß der von ihm unternommene Beweis „zwar einigermaßen, jedoch nicht bis zur Hälfte geführt“ und in so weit Beklagter zum Reinigungseide zuzulassen sei, in jetziger Instanz sich beruhigt und die Revisionsbeschwerden I. und II. nicht weiter verfolgt hat. Aber auch

B) der dem Beklagten in obgedachtem Interlocute pag. 3.
sub III. dahin

1) daß er den von dem Kläger für die Zeit von 1846 bis 1853 in [5] Actor. (Replik) geforderten Lohn bezahlt habe,
2) daß er der Ehefrau des Klägers außer dieser Lohnzahlung Vorschüsse im Betrage von 300 ℛ oder wieviel weniger gemacht habe,

Digitized by Google

auferlegte Beweis steht nicht mehr vollaus zur Entscheidung. In Betreff dessen haben die vorderen Entscheidungen gewechselt; während nämlich in erster Instanz dieser Beweis als „bis zur Hälfte geführt“ angesehen und dem Beklagten ein Ergänzungseid dahin auferlegt wurde:

pag. 4.

> daß er den von dem Kläger geforderten, von der Ehefrau desselben während der Jahre 1846—1853 in seiner, Beklagtens, Fabrik zu Wolfenbüttel verdienten Lohn im Betrage von 1000 ℛ Gold bezahlt habe,

hat das Revisions-Erkenntniß vom 1. October 1860 dagegen ausgesprochen, es sei der Beweis der Zahlung zum Betrage einer Summe von 336 ℛ vollständig geführt, im Uebrigen zwar einigermaßen, jedoch nicht bis zur Hälfte erbracht, und daher vom Kläger ein Reinigungseid dahin:

> daß, soviel er wisse, von dem Beklagten seiner, des Klägers, Ehefrau auf deren Lohn für die Zeit von 1846—1853 nicht mehr als die Summe von 336 ℛ bezahlt sei,

abzustatten.

pag. 5.

Nach der formellen Proceßlage konnte jedoch diese entgegengesetzte Beurtheilung des Beweis-Ergebnisses nur noch in einer Beziehung in den Kreis erneuter Prüfung gezogen werden. Denn einerseits hat

1) Kläger überhaupt seine den Beweis sub III. betreffenden Revisional-Beschwerden nicht verfolgt und insbesondere hat derselbe daraus in jetziger Instanz zu Beschwerden und Anträgen keinen Anlaß genommen,

vgl. O. A. Ger.-Act. [11] p. 14 und 15.

daß das Obergerichts-Erkenntniß theils ausweislich der Eidesformel und der Entscheidungsgründe die vom Kläger als empfangen eingeräumten kleinen Beträge, welche er auf die Gesammt-Lohnforderung von 4 ℛ per Woche mit 336 ℛ abgerechnet hatte, auf das noch verlangte, gerade wegen dieser bereits erfolgten Zahlungen auf 1000 ℛ beschränkte Libellat selbst

pag. 6.

in Anrechnung gebracht, theils darüber sich gar nicht auszusprechen für nöthig erachtet hat, in wie weit der Beweis, daß und in welchem Betrage der klägerischen Ehefrau Vorschüsse

Digitized by Google

außer der Lohnzahlung gemacht seien, nach Maßgabe der Zeugenvernehmungen erbracht oder verfehlt sei. Andererseits hat

2) Beklagter darüber, daß der Kläger, obwohl nur uxorio nomine aufgetreten, allein nur bloß in eigenem Namen und für seine Person den erkannten Reinigungseid leisten soll, eine ausdrückliche Beschwerde so wenig erhoben, als justificando Bedenken angeregt, hat somit in dieser Beziehung mit dem ergangenen Erkenntnisse sich ebenso einverstanden erklärt, wie Kläger. Wenn aber derselbe im Grav. event. III. darüber gravaminirt hat, daß nicht wenigstens der ad III. 2 des Interlocuts über die behaupteten Vorschüsse von 300 ℔ unternommene pag. 7.
Beweis für vollständig oder doch bis zum Erfüllungseide erbracht erkannt worden sei, so steht nicht bloß diese Beschwerdeführung in engstem Zusammenhange, und findet, wie sich zeigen wird, ihre volle Erledigung von selbst mit der den Gegenstand der Principal-Beschwerden I. und II. bildenden Frage, ob und welchermaßen für die Bezahlung des Lohns ein zum Ergänzungseide geeignetes Beweis-Resultat gewonnen sei, sondern es kommt auch in Betracht, daß das Erkenntniß erster Instanz, welches vom Beklagten überall nicht angefochten worden, und insofern ihm gegenüber in Rechtskraft übergegangen ist, in seinem Decisum II. ganz ebenso wie die Sent. a qua eine Separat-Entscheidung darüber, ob und in wie weit in jener zweiten Alternative die beklagtische Beweisführung gelungen sei, überall nicht getroffen hat, auch das die gesammte Lohn- pag. 8.
forderung zur Erledigung bringende, freilich dem Beklagten als Ergänzungseid nachgelassene juramentum necessarium, gleichergestalt wie jetzt, lediglich darauf gestellt war, daß und in welchem Betrage die Lohnzahlung stattgefunden habe.

Es handelt sonach dermalen sich lediglich darum, ob es nach dem Ergebnisse der beiderseits zum Beweisthema sub III. unternommenen Beweisführungen, und trotzdem, daß Kläger einen Veritätseid gleich dem Beklagten zu leisten weder im Stande noch verurtheilt ist, gerechtfertigt erscheine, wenn das Obergericht in der Sent. a qua den Ausgang des obschwebenden Rechtsstreits hinsichtlich der Lohnforderung nur auf des Klägers Gewissen und Eides-Aussage gestellt hat. In dieser

Digitized by Google

pag. 9. Beziehung aber konnte es kein Bedenken haben, sich mit der zuletzt vom Obergerichte gewonnenen Ansicht und gegebenen Ausführung einverstanden zu erklären und demzufolge die beklagtische Apellation als unbegründet zu verwerfen.

II. Anbelangend nämlich zunächst die beiderseits für die Beweisführung benutzten Urkunden, so ist

1) dem vom Beklagten als Anl. A. seiner Beweisantretung in

[18] ibid.

producirten Auszuge aus Handlungs-, Unkosten- und Cassabüchern, auf welchem außer den als angebliche Baarzahlungen verrechneten Summen von 820 ℛ und 226 ℛ 35 ℳ mit den Worten: „Hierzu kommt noch die Beköstigung von 1846—1852 jährlich à 100 ℛ" ein Betrag von 600 ℛ hinzugefügt ist, be-
pag. 10. reits durch das Productions-Erkenntniß vom 28. Februar 1859,

vgl. [27] ibid.

alle Beweistauglichkeit und Relevanz abgesprochen, insofern das Obergericht sub I. des Decisi den beklagtischen Urkundenbeweis, so weit durch jene Bücher unternommen, aus dem Grunde ausdrücklich verworfen hat, weil Beklagter diese letzteren selbst vorzulegen sich außer Stande erklärt habe, auch die alljährlich im Handlungs-Unkostenbuche gemachten Lohnbuchungen mit des Beklagten Angaben über wöchentlich erfolgte Auszahlung des Lohns in Widerspruch ständen. Es fragt sich daher, ob nicht die ad art. prob. 7, 11 und 13 des Beklagten beantragte Vorlegung jenes Auszugs an die Zeugen eigentlich gänzlich hätte unterbleiben sollen,

pag. 11. vgl. [20] p. 3 und 4 mit [37] p. 17.

und wenn nun auch, zumal Kläger seinerseits im Gegenbeweise ad art. reprob. 11 und 12 gleichfalls solche Vorlegung beantragt hatte,

vgl. [23] p. 3/4 mit [30] p. 9.

kein großes Gewicht darauf zu legen sein dürfte, daß es gleichwohl geschehen ist, weil die Einsicht dieses Auszugs für die Zeugen einen Anhalt zu besserer Erinnerung an die ihnen zur Bekundung vorgelegten Thatsachen darbieten konnte, so wird

Digitized by Google

doch gegenüber dem obigen rechtskräftigen Decisum gedachtem Auszuge die Bedeutung eines selbständigen Beweismittels und jede auch nur adminiculirende Beweiskraft versagt werden müssen, und für die materielle Beurtheilung des beklagtischen Beweises derselbe ganz außer Betracht zu bleiben haben. pag. 12.

Auf der andern Seite ist auch

2) den vom Kläger als Anlage 2 und 3 der Replik vorgelegten, beklagtischerseits recognoscirten Scheine vom 5. October 1852 in

[7] und [8] ibid.

für den zur Entscheidung stehenden Beweis alle und jede Relevanz abzusprechen. Denn ganz abgesehen davon, daß Ersterer anfangs nur zum Beweise der Remunerations-Forderung dienen sollte, jetzt aber zu dem des Lohn-Rückstandes benutzt wird, involvirt er jedenfalls kein Schuldbekenntniß, vielmehr ist er nichts als ein (ohne Zweifel in Anlaß der zu Wolfenbüttel beabsichtigten ehelichen Niederlassung des klägerischen Ehepaars ausgestelltes) Privat-Attest. Der andere muthmaßlich zu gleichem Zwecke ausgestellte Schein aber bezieht sich überall nicht auf pag. 13. die hier in Betracht kommende frühere Zeit und auf den damals von der klägerischen Ehefrau bezogenen Jahrgehalt oder Lohn.

Diesem nach können den Ausgang des Streits, soweit nicht schon erledigt, nur entscheiden und für die Würdigung der beklagtischen Beschwerden lediglich in Betracht kommen

III) die Ergebnisse der beiderseitigen Zeugen-Beweisführung. In dieser Hinsicht liegen

A) von den im Hauptbeweise beklagtischerseits producirten 5 Zeugen nur Aussagen folgender drei (zu Bremen resp. zu Hannover) wirklich vernommenen Probatorial-Zeugen vor, nämlich

1) des Carl Friedrich Wilhelm Zwicker zu Bremen, 39 Jahr alt (Test. prob. 3), welcher Schwiegersohn eines Bruders des Beklagten, jetzt Geschäftsführer in einer Bremer Kistenfabrik ist, früher Buchhalter bei Bohne & Comp. war, jedoch lediglich pag. 14. in dessen zu Bremen befindlich gewesenem Geschäft, nicht in

Digitized by Google

der Cigarrenfabrik zu Wolfenbüttel, wohin Zeuge niemals gekommen zu sein erklärt hat;

vgl. int. gent. 1, 2, 4 mit art. reprob. 4 und 18 [37] act. p. 6/7 11 und 25.

2) der Ehefrau des Bremer Cigarren-Arbeiters Vogt, Maria Elis. geb. Eßmann 49 Jahr alt (Test. 4) welche, eigenem Zugeständnisse nach, gleichfalls niemals in Wolfenbüttel gewesen ist und mit der klägerischen Ehefrau nur in der Zeit vor deren dortigem Engagement bei Beklagtem in Arbeit gestanden hat, auch für die Zeit seit 1846 und über die vorliegend in Frage stehenden, nämlich die Wolfenbütteler, Geschäfts-Dienstverhältnisse nichts weiter aussagen zu können gepag. 15. ständig ist, als was sie von der klägerischen Ehefrau bei deren gelegentlichen Anwesenheit in Bremen, oder anderweit gehört haben will;

vgl. int. gen. 1. 2. und art. 4. 12. 18. 21. mit art. 8. ibid p. 6. 11, 19. 25 29/30 und p. 14.

3) der Ehefrau des concessionirten Kammerdieners Wolff in Hannover, Maria geb. Schrader, 30 Jahr alt (Test. 5), welche

vgl. 20 actor. p. 3.

von einem Dienstverhältnisse zu dem Beklagten überall nichts, sondern bloß von häufigen (nach Zeit und Ort übrigens nicht näher bestimmten) Besuchen in dessen Hause deponirt hat, bei welchen sie, was sie zu bekunden vermocht hat, größtentheils nur vom Beklagten oder von der klägerischen Ehefrau gehört, weniges nur selbst gesehen haben will.

pag. 16. vgl. int. gent. 1. 2. und art. 3 cum int. 1. 8. cum int. 1. ibid. [37] p. 10. 14.

Mit den Aussagen vorgedachter Zeugen sind aber die Depositionen zu verbinden, welche über die einschlagenden Verhältnisse

B) Seitens der von dem Kläger producirten Reprobatorialzeugen Bernhard Stamm zu Wolfenbüttel und dessen gleichfalls daselbst wohnhaften Mutter Wittwe Friedr. Stamm, Catharina geb. Probacher gewonnen sind.

In Betreff derselben ist zuvörderst zur Berichtigung vorgekommener

Digitized by Google

vgl. O. Ger.-Acten [34] p. 10. und [42] p. 3.
O. A. Ger.-Acten [11] p. 10.

und Verhütung weiterer Verwechselungen zu bemerken, daß obwohl im Directorium der Gegenbeweisantretung, ausweislich von

Actor. [23] in fin. pag. 17.

der erstere — auch schon im klägerischen Hauptbeweise als Zeuge producirt und vernommen,

vgl. [35] ibid.

als test. reprob. 1, die Mutter dagegen als test. reprob. 2 denominirt waren, im Eingange des Vernehmungs-Protocolls,

cf. [36] ibid p. 1—3.

ähnlich wie in den Gegenbeweis-Einreden Beklagtens

ibid [26] p. 5.

beide Zeugen in umgekehrter Reihefolge aufgeführt worden sind, daß jedoch, wie theils aus der Unterschrift des Protocolls,

ibid. p. 14.

theils aus denjenigen Artikeln sich ergiebt, welche ausweislich des betreffenden directorii nur für den Einen oder Andern dieser beiden Zeugen bestimmt waren,

vgl. ibid.

die Vernehmung selbst ganz in Uebereinstimmung mit dem pag. 18.
Beweis-Antritt geschehen ist, so daß die protocollirten Aussagen ad 1 dem Sohne, die ad 2 der Mutter angehören. Von diesen Zeugen ist

1) Test. reprob. 1 Bernhard Stamm, 34 Jahr alt, jetzt Inhaber eines Cigarrengeschäfts, jedoch ausweislich

Act. [11] p. 4.

nicht des früheren beklagtischen zu Wolfenbüttel, erst im Jahre 1855 dahin übergesiedelt,

ad art. reprob. 19 [36] p. 11.

vor dieser Zeit war er nur in dem Bremer Geschäfte des Beklagten als Procurist thätig, doch erhellt aus den Acten weder seit wann, noch wie lange dies, im Jahre 1846 bei Engagement der klägerischen Ehefrau unzweifelhaft, nach Inhalt des

Digitized by Google

pag. 19. klägerischen Hauptbeweises, schon begründet gewesene Dienstverhältniß

vgl. [35] p. 2. flg.

bestanden hat, indem ad art. prob. 5 und 10

ibid. p. 6 und 7.

Stamm sich so geäußert hat, als habe er in der ganzen Zeit bis 1854 sich in näherer persönlicher Verbindung mit Beklagten befunden, Letzterer aber in seinen Gegenbeweis-Einreden

vgl. [26] p. 6 init.

in Bezug auf die Zeit, wo die Ehefrau des Klägers zu Wolfenbüttel in des Beklagten Fabrik war, bemerkt, es habe damals schon Stamm sein eigenes Geschäft zu Bremen gehabt.

2) Test. reprob. 2, die Wittwe Stamm, 58 Jahr alt, ist seit dem Jahre 1829 in des Beklagten Taback- und Cigarren-Geschäft angestellt gewesen, und zwar bis zum Jahre 1846

pag. 20. d. h. bis zu dem Zeitpuncte, wo das Wolfenbütteler Fabrikgeschäft eingerichtet und für selbiges die klägerische Ehefrau engagirt wurde, in Bremen, seitdem in Wolfenbüttel. Dies letztere Geschäft hat Zeugin, ihrer unwidersprochen gebliebenen Angabe nach, bis 1849 als erste Aufseherin und Cassirerin geleitet und darin „das ganze Cassenwesen unter Händen gehabt, während Beklagter selbst, welcher sich damals meist zu Wolfenbüttel aufgehalten, und nur selten und auf kurze Zeit Reisen nach Bremen und Hannover gemacht habe, die Buchführung besorgt hätte.“ In jener Qualität will Zeugin insbesondere auch mit Ablohnung der Fabrikarbeiter beauftragt gewesen sein, und scheint sich auf alle Zweige des Fabrikgeschäftes ihre Thätigkeit erstreckt zu haben, indem sie auch von dem Kläger aussagt, daß sie ihn im Wolfenbütteler Geschäfte

pag. 21. angelernt habe.

vgl. interr. gen. und art. reprob. 1. 7. 8. [36] p. 2. 7/8.

Mit dem Jahre 1849 ist sie aus des Beklagten Wolfenbütteler Geschäfte ausgetreten, welches seitdem von einem, auch als Zeugen producirt gewesenen, aber inzwischen verstorbenen Justus Kühne, wenigstens in Bezug auf Cassa- und Buchführung, allem Anscheine nach

Digitized by Google

vgl. ibid. p. 7 und art. prob. 12 sub 5 und 23 sub 3 und 5
[37] p. 20 und 31/32 mit [20] p. 2 und [16] p. 6 sub 2.

allein geleitet wurde. Jedoch muß es dahin gestellt bleiben, ob die Abwesenheit, deren Zeugin, im Gegensatze zu jenen 3 Jahren 1846—1849

ad art. reprob. 11 sub 1.
[36] p. 10.

Erwähnung thut, eine bloß vorübergehende Entfernung aus dem pag. 22.
Geschäfte oder eine dauernde mit anderweitem Domicile verbundene aus der Stadt Wolfenbüttel gewesen sei.

So viel nun aber, auf Grund vorstehend sub A. und B. characterisirter Zeugen-Aussagen,

C. das Gesammt-Ergebniß des Haupt- und Gegenbeweises anbelangt, so war zuvörderst

1) darin der Sent. a qua aller im jetzigen Libelle hiegegen gerichteten beklagtischen Ausführungen ungeachtet unbedingt beizutreten, daß für die Liquidestellung der vom Beklagten opponirten Einrede der Zahlung resp. Compensation das der klägerischen Ehefrau in freier Kost und Wohnung für ihre Arbeiten und Dienste zugesagte und unbestritten gewährte Lohn-Aequivalent überall nicht in Betracht kommen könne, daß viel- pag. 23.
mehr die erhobene Lohnforderung von 1000 ℛ als durch Baarzahlung vollständig oder doch theilweise getilgt, habe nachgewiesen werden sollen und constiren müsse, um den dem Beklagten obliegenden Einrede-Beweis für erbracht erklären zu können.

Denn

a) das rechtskräftige Beweis-Interlocut lautet nicht generell auf bereits erfolgte Tilgung der klägerischen Lohn-Ansprüche, sondern speciell dahin, daß Beklagter den in der Replik für die Zeit von 1846—1853 geforderten Lohn bezahlt habe. In der Replik aber ist, in näherer Erläuterung der Klage, welche zwar nur die Remunerations-Forderung in litem deducirt, aber doch als contractliche Abrede des Dienst-Engagements auch des Wochenlohns von 4 ℛ per Woche pag. 24.
„und freier Kost“ gedacht hatte,

vgl. Actor. [2].

ganz bestimmt erklärt, nicht bloß, es habe nach dem Engage-

Digitized by Google

ment Klägerin „wöchentlich wenigstens 4 ℔ nebst freier Kost in seinem (Beklagtens) Hause, so wie bei etwaniger Verheirathung u. s. w. baare 1000 ℔ ausgezahlt“ erhalten sollen, sondern auch, daß Beklagter, da klägerische Ehefrau während der ganzen Zeit ihres Engagements „niemals ihren versprochenen Lohn erhalten“ habe, für die Zeit von 1846 — 1853 resp. für 7 Jahre per Woche 4 ℔ und sonach, wenn auch die Forderung auf 1000 ℔ beschränkt werden solle, schon dann, wenn man 50 Wochen per Jahr rechne, eigentlich den Betrag von 1400 ℔ „am Lohn schulde.“ Auf diese Erklärung, welche keiner anderen Deutung fähig war, als daß neben und
pag. 25. außer freier Station eine Geldentschädigung von 4 ℔ wöchentlich bedungen und zugesagt, diese aber nicht geleistet sei, hat nun Beklagter duplicando sich dahin geäußert,

vgl. ibid. [9] p. 3—5,

in factischer Beziehung räume er ein, daß die klägerische Ehefrau „in dem replicando angegebenen Dienstverhältnisse zu ihm gestanden“ habe, und daß „der Lohn“ für die angegebene Dienstzeit an und für sich die (eingeklagte) Summe von 1000 ℔ betragen haben würde. — Dabei hat Derselbe zwar „diese Schuldverbindlichkeit“ je anerkannt zu haben bestritten, auch der Klage Einreden entgegengestellt, welche „den erhobenen Anspruch gänzlich aufheben“, in dieser Hinsicht jedoch mit keinem Worte darauf sich berufen, daß der klägerischen Ehefrau auch
pag. 26. Kost und Logis gewährt und dies zu 100 ℔ jährlich berechnet oder anzuschlagen sei. Abgesehen von der (principaliter opponirten, aber bereits verworfenen) Einrede der Verjährung hat Beklagter vielmehr sich lediglich auf „Zahlung“ gestützt, und zu factischer Begründung dieser Einrede nur dies (was wieder nicht anders, als von Berichtigung contractmäßiger „Geld“-Entschädigung verstanden werden kann) geltend gemacht, es sei die Ehefrau des Klägers, gleich allen übrigen Fabrikarbeitern, „wöchentlich abgelohnt“ worden.

Jenem Geständnisse gegenüber und nach dieser Einreden-Fassung wie Begründung, an denen auch tri- und quadruplicando nichts geändert worden war, ist der in dem rechtskräf-
pag. 27. tig gewordenen Beweis-Interlocut auferlegte Beweis mit Recht

Digitized by Google

dahin gefaßt worden, es sei der „in [5] Actor“ geforderte „Lohn“ bereits bezahlt; zugleich ist er gar keiner andern Auffassung und Deutung fähig, als daß, ganz abgesehen von der in litem überall nicht deducirt gewesenen Natural-Dienst-Entschädigung, der mit 4 ℛ wöchentlich bedungene Geldlohn durch Baarzahlung berichtigt und die hiefür auf 1000 ℛ beschränkte Forderung der klägerischen Ehefrau nicht bloß getilgt, sondern sogar „außer dieser Lohnzahlung“ ein Vorschuß von 300 ℛ oder wie viel weniger gemacht worden sei.

Hiernach würde denn

b) die beklagtische Beweisführung lediglich dann von materieller Bedeutung sein, resp. für gelungen gelten können, wenn Baarzahlungen auf den Wochenlohn bis zum Betrage von 1000 ℛ dargethan wären. Es muß aber auch formell als eine mit dem ersten Verfahren und dem Interlocute in pag. 28.
Widerspruch stehende, verspätete und ganz unzulässige Aenderung des exceptivischen Vorbringens angesehen werden, wenn Beklagter bei der Beweisantretung, theils durch Bezug auf die den Schluß des Buchauszugs in [18] bildende Notiz:

„Hierzu kommt Beköstigung von 1846—1852 jährlich
á 100 ℛ . . . . . 600 ℛ.“

theils durch die Art. prob. 3 und 8 flg. seinen Beweis darauf gestellt hat, es sei Logis und Beköstigung zu 100 ℛ angeschlagen gewesen und gewährt worden, der baare Lohn nur zu 100 ℛ jährlich resp. zu 2 ℛ per Woche bedungen gewesen und geleistet. Es kann daher auf die Aussagen der beklagtischen Zeugen in dieser Richtung weder überhaupt etwas ankommen, noch speciell dies in Betracht gezogen werden, daß die Kost- und Logis-Gewährung bis zum Jahre 1852 stattgefunden hat.

2) Bezüglich der Frage, ob und wie weit eine baare pag. 29
Bezahlung des Wochenlohns nachgewiesen sei, so hat

a) von den beklagtischen Probatorial-Zeugen kein Einziger, daß an Klägers Ehefrau solcher zugleich mit den übrigen Arbeitern und Arbeiterinnen des Sonnabends ausgezahlt, wenn auch erst zu Ende des Jahrs gebucht worden sei ad art. prob. 4, 5 und 18.

Digitized by Google

vgl. [37] p. 11—13 u. p. 25.

zu bezeugen vermocht, wie denn auch dieselben ad art. prob. 12
ibid. p. 18—20.
von den darin combinirten Fragen, ob Klägers Ehefrau ihren vollen verdienten Lohn und nebenher auch Vorschüsse erhalten habe, die erstere ganz unbeantwortet gelassen haben.

b) Von den klägerischen Reprobatorial-Zeugen aber hat zwar Zeuge Stamm (Test. reprob. 1) sich gleichfalls nesciendo ad art. reprob. 4 erklärt.

pag. 30. vgl. [56] p. 5 in fin.

Dagegen hat dessen Mutter (Test. reprob. 2), welche speciell mit Ablohnung der Fabrik-Arbeiter nach dem Früheren beauftragt war, nicht bloß die auf nicht erfolgte Berichtigung des Wochenlohns der klägerischen Ehefrau gestellten Art. reprob. 4 und 8—10 einfach affirmirt,

vgl. ibid. p. 6 init., p. 8 u. 9.

sondern auch ad art. reprob. 11 bestimmt und speciell erklärt, daß dieselbe die für die Jahre 1847—49 mit je 120 resp. 100 ℛ berechneten Wochenlohns-Posten nicht erhalten habe.

vgl. ibid p. 9/10 sub 2.

Allerdings zwar hat diese Zeugin nur für die genannten Jahre solches verneint. Allein da dies darin seinen Grund hat, weil sie bloß in gedachter Zeit zu Wolfenbüttel und in Beklagtens Diensten sich befand, so kann daraus in keiner Weise gefolgert oder auch nur eine Vermuthung entnommen werden, es dürfte in den folgenden Jahren die Zahlung des Lohns ge-
pag. 31. schehen sein, sondern es ist eben nur für diese spätere Zeit der Gegenbeweis mißlungen, was indessen, weil für den Hauptbeweis des Beklagten direct überall nichts erbracht ist, an dem Gesammt-Ergebnisse der die Einrede der Zahlung betreffenden Beweisführung nichts ändert.

Sonach reducirt sich

c) alles, was irgend dem Beklagten zu Gunsten durch die beiderseitige Zeugenvernehmung gewonnen ist, darauf, daß zunächst

α) die beklagtischen Zeugen ad art. prob. 19 die Vermögenslosigkeit der klägerischen Ehefrau einstimmig bezeugt haben, und Frau Vogt (Test. prob. 4) auch bestimmt versichert,

Digitized by Google

es habe dieselbe mit ihrem Verdienste nie ausgereicht und häufig borgen müssen.

vgl. [37] p. 26 flg.

Allein, wie letzteres Zeugniß, weil nach den schon oben berührten Personal-Verhältnissen dieser Zeugin und nach deren pag.
ad art. 18 und 20 erfolgten Aussagen

ibid. p. 25 u. 29/30

nur auf die Zeit vor dem Wolfenbütteler Engagement bezüglich, völlig bedeutungslos erscheint, so haben auch, daß Klägerin Schulden gehabt und zu deren Tilgung Vorschüsse entnommen habe, die anderen Zeugen überall nicht ad art. 20 zu bestätigen vermocht und nicht einmal ad art. 19 sich darüber bestimmt erklärt, ob ihrer Ansicht nach dieselbe ohne Auszahlung des Lohns hätte leben können.

ibid. p. 28 vgl. mit p. 26/27.

Ebenso ist

β) von äußerst geringer, wenn überall von irgend welcher Bedeutung sowohl die von Zwicker (Test. prob. 3) ad art. 12 nebenher gemachte Aussage, es habe Beklagter, wenn er von Wolfenbüttel gekommen, gesagt, die klägerische Ehefrau habe schon mehr empfangen, als sie verdient,

ibid. p. 19 v. fin.

pag.

als auch die zu demselben Artikel und zu art. 23 von Frau Wolff (Test. prob. 5) erfolgte Deposition, sie hätte gehört, wie Beklagter seinem (Wolfenbütteler) Buchhalter Kühne fernere Geldzahlungen (al. Vorschüsse) an die klägerische Ehefrau untersagt, Letzterer aber entgegnet habe, er könne deren Drängen nicht ausweichen.

ibid. p. 20 in f. u. p. 32.

Denn aus allen Diesem ergiebt sich nur, daß Beklagter selbst des Glaubens und Willens gewesen sei, der klägerischen Ehefrau keine Zahlungen mehr leisten zu lassen, keineswegs aber, daß sie in Wahrheit den ihr gebührenden Lohn erhalten und an Beklagten begründete Forderungen überall nicht mehr gehabt habe, vielmehr sogar des Beklagten Schuldnerin gewesen sei, zumal Frau Wolff dies Letztere ad art. prob. 16 zu bezeugen nicht vermocht, sondern eben nur auf die ad art. 12 pag. 34.
gleichzeitig (wovon nachher) gemachten, nunmehr in die letzten

Digitized by Google

$1\frac{1}{2}$ oder 2 Jahre gesetzten Aeußerungen über Vorschüsse verwiesen hat, außerdem auch die von Zwicker bekundete Aeußerung des Beklagten die Deutung mindestens zuläßt, es habe derselbe die von der klägerischen Ehefrau zu beziehenden Dienstentschädigungen und wirklich geleisteten Dienste nicht in richtigem Verhältnisse zu einander erachtet.

Von einiger Erheblichkeit ist also nur

γ) daß nicht bloß der Kläger geständig ist, es habe seine Frau auf ihren Lohn mitunter kleinere Zahlungen erhalten, und darauf die Reduction der Lohnforderung auf 1000 ℳ gestützt hat,

vgl. [22] p. 1 und [34] p. 5/6.

sondern daß auch theils von der klägerischen Gegenbeweis-
pag. 35. zeugin Frau Stamm ad art. reprob. 9—11 und 23 bekundet ist, es habe Jene die zur Anschaffung ihrer Kleidungsstücke oder zu Reisen nach Bremen erforderlichen, aber doch nur unbedeutende Beiträge erhalten, und möglich sei es, daß Beklagter ihr einen Vorschuß gemacht habe,

ibid. [36] p. 8, 10 u. p. 14,

theils einzelne Aussagen der beklagtischen Zeugen gleichfalls auf Zahlungen gehen, welche die Ehefrau des Klägers erhalten habe.

Allein die hieher gehörige Deposition der Zeugin Vogt (Test. prob. 4), es habe ihr die Ehefrau des Klägers bei ihrer Anwesenheit in Bremen einigemal gesagt, sie wolle noch am beklagtischen Comtoir sich Geld holen,

[37] p. 19. 20. ad art. prob. 12

ist viel zu unbestimmt, und hat überdies diese Zeugin von Vorschüssen oder Schulden nichts zu wissen erklärt. Auch auf
pag. 36. die Aussage Zwicker's (Test. prob. 3), es habe Klägers Ehefrau, wenn sie nach Bremen gekommen, mehrmals mit dem Bemerken, mit ihrem Wochenlohn nicht auskommen zu können, von dem beklagtischen Geschäftsführer Stamm Geld verlangt, auch einigemal vorschußweise erhalten,

ibid. p. 18. 19,

kann schon um deshalb, weil Zeuge weder die Zeit, noch die Beträge dieser Zahlungen anzugeben vermocht hat, besonders aber aus dem Grunde kein Gewicht gelegt werden, weil der-

Digitized by Google

selbe jene Zahlungen nur als „wahrscheinlich vorschußweise“ geleistet bezeichnet, und weil Stamm selbst auch nach Vorlegung von [18], von irgend welchen an die klägerische Ehefrau geleisteten Zahlungen nichts zu wissen, ad art. reprob. 11 erklärt hat.

[36] p. 9.

Es erübrigt also nur die, auch beklagtischerseits vorzugsweise urgirte Aussage der Frau Wolff (Test. prob. 5) ad art. prob. 12, welche auf Vorschüsse im Betrage von 200 bis 300 ℳ geht. pag. 37.

vgl. [37] p. 20.

Allein, wie dieselbe überall nicht auf eigener Wahrnehmung, sondern nur auf angeblich wiederholt, zuletzt vor etwa 2 Jahren gemachten Erzählungen der Klägerin beruht, so spricht auch Zeugin von Vorschüssen „auf den Lohn“, welche Jene „sich nicht anrechnen lassen“ zu wollen erklärt habe. Diese Aeußerung kann auf solche Zahlungen, welche trotz Berichtigung des Lohns und über dessen Belauf hinaus geleistet wären, um so weniger mit Sicherheit bezogen werden, als Zeugin ad art. prob. 16 flg. erklärt hat, von Schulden der Klägerin an den Beklagten weder überhaupt noch insbesondere von solchen etwas zu wissen, die gerade aus jenen Vorschüssen herrührten. Zugleich widerspricht es keineswegs dem Sprachgebrauche, solche Abschlagszahlungen, welche auf regelmäßig wiederkehrende und bereits fällig gewordene aber unabgeführt gebliebene Geldprästationen wie Dienstlohn zu bestimmten Zwecken gelegentlich erfolgen, obwohl hierin ein Darlehn überall nicht enthalten ist, mit „Vorschuß“ zu bezeichnen. pag. 38.

Bei diesem durchaus ungenügenden Ergebnisse des beklagtischen Beweises kann

δ) füglich auf sich beruhen bleiben, ob nicht auch noch ein dem Kläger günstiges Moment sich aus den von den klägerischen Gegenbeweiszeugen, wenn auch nur je durch ein testimonium singulare ad art. reprob. 19/20 und 22 bekundeten Thatsachen entnehmen ließe, daß nämlich Beklagter im Jahre 1855 dem Zeugen Stamm (test. reprob. 1) den Auftrag zu einer Auslösung des in klägerischen Händen noch befindlichen

Digitized by Google

Scheines [7] gegeben, und dabei über sein Rechnungsverhältniß
pag. 39. zu der Ehefrau des Klägers sich bald dahin, er erkenne deren Guthaben an, bald dahin geäußert haben soll, er habe seinerseits an dieselbe zu fordern,

[36] p. 11. 12 sub 1,

und daß im Jahre 1857 Beklagter sogar die Wittwe Stamm (test. reprob. 2) zu Entwendung jenes Scheins zu bereden gesucht hätte.

ibid. p. 13/14.

Denn auch bei gänzlicher Beiseitsetzung dieser Aussagen erschien das Resultat der Beweisführung in so äußerst geringem Maße und nur in Betreff so untergeordneter Puncte als ein dem beklagtischen Vorbringen auf Zulassung zum Erfüllungseide, trotz der ihm allein beiwohnenden Fähigkeit zu einem Veritätseide, unbedenklich für unbegründet zu erachten und demgemäß, wie unter Verurtheilung desselben in die Kosten jetziger Instanz geschehen, seine Appellation zu verwerfen war.

Zur Beglaubigung

(gez.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Friedrich Otten zu Ekel, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Johannes Eduard Grosse zu Bremen, Kläger jetzt Appellaten, einen Handel über Cichorienmehl, jetzt Zulassung neuer Beweismittel betreffend (Appell. II.) wird der nach erkanntem Actenschlusse eingegangene Contumacial-Antrag des Beklagten dem Kläger abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 8. October 1860, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. Januar 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

gez.: **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die beiden ersten Beschwerden sind darüber erhoben, daß Kläger mit dem am 10. Mai 1860 angetretenen Zeugen- und Sachverständigenbeweise zugelassen worden ist. — Es fragt sich

A., ob die Bedingungen vorliegen, unter welchen nach § 177 der Brem. G. O., die Beibringung neuer Beweismittel noch nach Ablauf der Beweisfrist gestattet ist. Da gegenwärtig nur der letzte, in diesem § erwähnte Fall in Frage steht, kommt es darauf an

1) ob dem Kläger überhaupt „die bisher gewählten Beweismittel verloren gegangen sind." Wenn dies vom Beklagten

a) schon deshalb bestritten wird, weil das Gesetz, indem es den bestimmten Artikel gebrauche, den Verlust sämmtlicher bis dahin benutzten Beweismittel voraussetze, so hat dies zwar
pag. 3. den Buchstaben scheinbar für sich; es ist aber klar, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin gegangen ist, die Zulassung neuer Beweismittel an Stelle verloren gegangener in solcher Maße zu beschränken. Im Zweifel muß man annehmen, daß die Bremische Gerichts-Ordnung nur gemeines Recht hat wiedergeben wollen. Die gemeinrechtliche Doctrin kennt aber jene Schranke nicht. Es ist nur eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn namentlich Gönner,

Handb. 2r Bd. XXXIX § 6.

dem die Bremische Gerichtsordnung fast wörtlich folgt, neue Beweismittel für zulässig erklärt, „so oft ohne Verschulden des Beweisführers seine gewählte Beweismittel ihm entgehen." Daß er nicht daran gedacht hat, jene Zulassung auf den Fall des Verlusts sämmtlicher Beweismittel zu beschränken, ergeben seine weiteren Ausführungen. Andere Schriftsteller drücken sich denn auch vorsichtiger aus:

Digitized by Google

z. B. Martin § 183 bei Note r. pag. 4.
Gensler Comment. ad § 170—174.
(der alten Ausg.) sub E. 2.
Spangenberg im Arch. für civ. Praxis.
Bd. VII p. 210 flg.

Eben so wenig kann

b) dem Beklagten darin beigetreten werden, daß der Tod des Zeugen Taaks als Verlust eines Beweismittels im Sinne des § 177 cit. deshalb nicht zu betrachten sei, weil der Zeuge — wie Kläger jetzt unumwunden einräumt,

O. A. G.-Act, [9] p. 3 u. 12. —

bereits vor der Beweisantretung verstorben ist. Es liegt weder in den Worten: „wenn ihm ohne seine Schuld die bisher gewählten Beweismittel verloren gegangen sind," daß der Verlust nach der Beweisantretung eingetreten sein müsse, noch hat man Grund zu der Voraussetzung, daß dies die wahre Mei- pag. 5.
nung des Gesetzes sei. Der Beweisführer, der in gutem Glauben einen Zeugen, welcher über den Sachverhalt genaue Auskunft geben konnte, namhaft gemacht, und dagegen die Benennung anderer Beweismittel, mit denen er nur verhältnißmäßig wenig auszurichten vermag, unterlassen hat, ist eben so schlimm daran, wenn jener Zeuge zur Zeit der Beweisantretung bereis verstorben war, als wenn derselbe noch lebte, aber vor der Vernehmung gestorben ist, und es läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz, jenen Nachtheil durch Beibringung neuer Beweismittel zu beseitigen, in dem einem Falle ihm gestatten, in dem anderen wesentlich gleichartigen Falle aber ihm habe versagen wollen.

c) Anlangend den Zeugen Stalling, so hat zwar das Handelsgericht in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 21. Mai 1861 pag. 6.

H. G. Act. [128.]

sich dahin ausgesprochen, daß der Verlust dieses Zeugen den Kläger zu der nach [122] beabsichtigten neuen Beweisführung nicht berechtige. Indessen liegt hierin keine zur Rechtskraft geeignete Entscheidung. Kläger erhielt durch jenes Erkenntniß Alles, was er verlangte, war also nicht in der Lage

Digitized by Google

Beschwerde darüber zu führen, und kann noch immer — wie in gegenwärtiger Instanz geschehen — seine Anträge auch auf den Verlust des Zeugen Stalling fundiren. In materieller Beziehung beruht die Ansicht des Handelsgerichts auf einer unrichtigen Auffassung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß unter den pag. 27 Prot. genannten „Blume & Comp.“ die Zeugen Joh. Aug. Blume und Christian Stalling, die p. 26 in. fin. als
pag. 7. Inhaber jener Firma bezeichnet werden, zu verstehen sind. Blume & Comp. sind aber l. c. keineswegs blos über die im Handelsgerichts-Erkenntnisse bezeichneten Puncte, sondern sowohl über den qu. Beweissatz im Ganzen, als auch über specielle Thatsachen, die für denselben von der evidentesten Erheblichkeit sind, als Zeugen benannt.

Hiernach kommt es lediglich auf den Einwand des Beklagten an: der Zeuge Stalling könne als ein verlorenes Beweismittel im Sinne des §. 177 deshalb nicht gelten, weil er ein unzulässiger Zeuge gewesen sei. Dies kann indeß nicht anerkannt werden. Nicht Blume & Comp., sondern allein der Kläger ist mit dem Beklagten in ein Contractsverhältniß getreten; Blume & Comp. sind Abnehmer des Klägers und für ihr Rechtsverhältniß gegen diesen ist der Ausgang des gegenwärtigen, zwischen Kläger und Beklagten geführten Proceßes
pag. 8. ohne allen rechtlichen Einfluß. Läßt sich nun auch nicht verkennen, daß die Inhaber jener Firma, welche die fragliche Waare weiter verkauft und hiernächst eben der Beschaffenheit wegen, welche den Gegenstand des dermaligen Streits und insbesondere der klägerischen Beweisführung bildet, zur Disposition gestellt, auch Ersatz für Auslagen und Entschädigung vom Kläger beansprucht und diesen aufgefordert haben, den Beklagten für allen Schaden verantwortlich zu machen, ein gewisses factisches Interesse bei dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreits zu Gunsten des Klägers haben mögen, so ist dies doch in keinem Falle ein solches, welches sie als Zeugen in eigener Sache und deshalb zum Zeugnisse unfähig erscheinen lassen könnte.

Es fragt sich nach §. 177 cit. weiter

Digitized by Google

2) ob die Beweismittel ohne Schuld des Beweis- pag. 9.
führers verloren gegangen sind.

a) Anlangend den Zeugen Taaks, so muß allerdings dem Beklagten zugegeben werden, daß wenn dem Kläger darin ein Verschulden zur Last fallen sollte, daß er, obgleich jener Zeuge zur Zeit der Beweisantretung nicht mehr lebte, dennoch dieses, und nicht vielmehr alsbald der jetzt beigebrachten Beweismittel sich bedient hat, dies als ein Verschulden im Sinne jenes §. zu behandeln sein würde. Man hat aber nach den Acten überall keinen Grund, ein derartiges, vom Beklagten auch gar nicht speciell behauptetes Verschulden zu unterstellen. Daß der Kläger zur Zeit der Beweisantretung von dem Tode des Taaks bereits Kenntniß gehabt, läßt sich in keiner Weise voraussetzen. Auch kann dem Beweisführer, unter den vorliegenden Umständen, kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er seinen Beweis pag. 10.
angetreten hat, ohne unmittelbar vorher nochmals darüber Erkundigung einzuziehen, ob seine Zeugen noch alle am Leben seien.

Was aber

b) den Zeugen Stalling betrifft, so muß den vorigen Gerichten darin beigetreten werden, daß — obgleich die Vernehmung dieses wie der andern Zeugen bereits unter dem 5. Sept. 1859 mit dem Bemerken verfügt worden war, daß behufs Vernehmung der auswärtigen Zeugen die erforderlichen Subsidialschreiben an die der Kanzlei aufzugebenden Behörden zu erlassen seien,

der Kläger aber bis zum Todestage des Zeugen (11. April 1860) die um Vernehmung des Zeugen Stalling zu requirirende Behörde noch nicht aufgegeben hatte — hierin doch, unter den in concreto obwaltenden Verhältnissen, kein Grund liegt, ihn als pag. 11.
in solcher Schuld befindlich anzusehen, daß ihm darum das Recht zur Producirung neuer Beweismittel, an Stelle jenes verloren gegangenen Zeugen, zu versagen wäre.

3) Offenbar ganz grundlos ist es, wenn Beklagter in erster Instanz als eine weitere Bedingung für die Zulassung des klägerischen Antrags ein Erbieten des Klägers zu dem, für einen ganz anderen Fall vorgeschriebenen Eide: daß er die neuen

Digitized by Google

Beweismittel vor Ablauf der Beweisfrist beizubringen nicht vermogt habe, bezeichnet hat. In den höheren Instanzen ist er auch hierauf nicht zurückgekommen.

Lagen hiernach die Bedingungen vor, unter denen die Beibringung neuer Beweismittel im Allgemeinen gestattet ist, so kommt es noch darauf an

pag. 12. B) ob auch und resp. in welchem Umfange die in concreto beigebrachten Beweismittel für zulässig zu erachten sind.

1) Die vorigen Gerichte folgen der Ansicht, daß der Beweisführer, bei Substitution neuer Beweismittel an Stelle eines verloren gegangenen, weder in Beziehung auf die Zahl, noch in Beziehung auf die Gattung jener Beweismittel einer Beschränkung unterliege. Daß dies, unter Umständen, zu einem für den Producten unbilligen Resultate führen kann, läßt sich nicht läugnen. Das Gesetz bezweckt weiter nichts, als dem Producenten die Ausgleichung des Nachtheils zu gestatten, den er durch den unverschuldeten Verlust erleiden würde. Jene unbeschränkte Befugniß zur Nachbringung von Beweismitteln kann aber dahin führen, daß der Beweisführer in Folge jenes

pag. 13. Verlustes günstiger gestellt wird, als er es ohne denselben gewesen. — Gleichwohl muß der Ansicht der vorigen Gerichte auch hier beigetreten werden. Es ist nicht abzusehen, wo die Gränze für Zulassung der neuen Beweismittel zu finden sein sollte. Jedenfalls ist man zur Zeit der Production gar nicht im Stande, zu übersehen, ob die in größerer Zahl und verschiedener Gattung zur Hand genommenen Beweismittel auch materiell das verloren gegangene an Werth überbieten. Für Unbeschränktheit der neuen Beweismittel hat sich denn auch ebenso die gemeinrechtliche Doctrin ausgesprochen, als ihr die allgemeine Fassung des §. 177 der Bremischen Gerichts-Ordnung das Wort redet.

2) Anlangend den Sachverständigenbeweis insbesondere, auf welchen sich Grav. II. bezieht, so muß derselbe,

pag. 14. nach Maßgabe des so eben erörterten Princips, an sich für zulässig gehalten werden. Es fragt sich nur noch, ob dieser Beweis nicht, wie Beklagter verlangt, deshalb verworfen werden

Digitized by Google

müsse, weil die Aechtheit der Probe Anl. 2 weder von ihm anerkannt, noch über dieselbe vom Kläger Beweis angetreten sei. Diese Frage ist aber zu verneinen. Beklagter hat die Aechtheit der fraglichen Probe dadurch auf das Unzweideutigste anerkannt, daß er, und zwar ohne jeglichen Vorbehalt seinen Gegenbeweis zu dem vom Kläger über die Höhe des Schadens zu führenden Beweise unter anderen durch eben jene Probe angetreten hat.

H. G. Prot. p. 49.

C. Beklagter bestreitet endlich, daß die neue Beweisantretung als eine rechtzeitig erfolgte angesehen werden könne. Wenn er sich jedoch hiefür

1) darauf beruft, daß nach §. 177 der Bremischen Gerichts- pag. 15.
Ordnung die Beibringung neuer Beweismittel nur „bis zum Schlusse der Verhandlungen in der Beweis- und Gegenbeweis-Instanz" zulässig sei, dieser Schluß aber, nach §. 182 und 183 ibid., mit der Erklärung auf den Gegenbeweis eingetreten sei, so bedarf dies kaum einer Widerlegung. Verhandlungen über die Beweis- und Gegenbeweis-Antretung und Verhandlungen in der Beweis- und Gegenbeweis-Instanz sind durchaus nicht dasselbe; und es ist so klar, daß die letzteren erst mit beendigtem Deductionsverfahren geschlossen sind, daß es der zahlreichen vom Handelsgerichte für diesen Satz angeführten Präjudicate kaum bedurft hätte.

2) Auch im Uebrigen liegt die Sache nicht der Art, daß man sagen könnte, Kläger habe, weil er nicht schon früher mit den neuen Beweismitteln hervorgetreten sei, das Recht auf deren pag. 16.
Benutzung verloren. Hinsichtlich des Zeugen Stalling fehlt es an jedem, auch nur scheinbaren Grunde zu einer solchen Annahme. Der Zeuge ist am 11. April 1860 gestorben; die Kunde davon durch die Weser-Zeitung vom 1. Mai verbreitet und bereits am 5. Mai hat Kläger den Beklagten behufs seiner neuen Beweisantretung citiren lassen.

Dagegen liegt freilich zwischen dem Momente, wo Kläger von dem Tode des Zeugen Taaks durch den Beklagten selbst Kunde erhielt (11. Juli 1859)

H. G. Prot. p. 30 init.

Digitized by Google

und der neuen Beweisantretung nicht allein ein fast einjähriger Zeitraum in Mitte, sondern es fallen auch in diesen Zeitraum
pag. 17. zahlreiche Verhandlungen und sogar eine weitere Beweisantretung des Klägers (zu dem zweiten vom Handelsgerichte resp. Obergerichte ihm auferlegten Beweise).

H. Ger. Prot. p. 34 flg.

Auch hatte derselbe wie er einräumen muß, zur Zeit der gedachten weiteren Beweisantretung (19. Janr. 1860) bereits Kenntniß sowohl von dem Tode des Zeugen Taaks, als auch von den im Mai desselben Jahres wirklich benannten neuen Beweismitteln.

O. G. Act. [3] p. 2.

Es fehlte ihm also nicht an Gelegenheit und Veranlassung, schon früher mit seinem jetzigen Antrage hervorzutreten. Aber daß er, wegen Versäumung dieser Gelegenheit, mit dem neuen Beweise zu präcludiren sei, läßt sich, in Ermangelung einer
pag. 18. einschlagenden Gesetzes-Bestimmung, und bei der allgemeinen Fassung des §. 177 cit., nicht behaupten.

Die erste und zweite Beschwerde stellen sich hiernach als unbegründet dar. Dasselbe gilt aber auch

II. von der dritten Beschwerde: daß nicht dem Beklagten zur Verhandlung seiner Einreden resp. seines Gegenbeweises gegen die neuen Beweismittel des Klägers ein Termin gesetzt worden sei. Da §. 177 der Bremischen Gerichtsordnung besondere Vorschriften über die processualische Behandlung der neuen Beweisantretung nicht giebt, so müssen hier dieselben Grundsätze für maßgebend erachtet werden, die bei der ersten Beweisführung zur Anwendung kommen. Danach hatte

1) Beklagter seine Einreden gegen die Formalien der
pag. 19. Beweisantretung, wie dies auch geschehen, im Beweisantretungstermine, zu dem er ordnungsmäßig vorgeladen worden war, vorzubringen.

Ger. Ordn. §. 180. 181.

2) Dasselbe muß aber auch — da hier eine Handelsgerichtssache vorliegt — in Betreff der Erklärung über das Materielle der Beweisantretung angenommen werden,

Digitized by Google

H. Ger. O. vom 6/16 Juli 1844, §. 36 sub c.

während allerdings, wenn die Sache nach Maßgabe der Allgemeinen Gerichts-Ordnung zu verhandeln gewesen, es zweifelhaft sein könnte, ob nicht dem Beklagten auch ohne besonderen desfallsigen Antrag, ein anderer Termin zu dem fraglichen Behufe hätte gesetzt werden müssen.

G. O. §. 182.

3) Was den Gegenbeweis anlangt, so kann allerdings

a) dem Obergerichte darin nicht beigetreten werden, daß pag. 20.
eine Gegenbeweisführung in einem Falle der vorliegenden Art überhaupt nicht mehr statthaft sei. Wenn man den Producenten mit neuen Beweismitteln in so unbeschränkter Maße zuläßt wie dies von den vorigen Gerichten mit Recht geschehen ist, so muß auch dem Producten ein neuer Gegenbeweis in gleicher Unbeschränktheit gestattet werden. Der rechtlich maßgebende Gesichtspunct ist dann überhaupt nicht sowohl der eines Ersatzes der verloren gegangenen Beweismittel durch neue, als der einer, in Anlaß jenes Verlustes gestatteten neuen Beweisführung. Dagegen war

b) in der vorliegenden Handelsgerichtssache — nach §. 42 und 43 vgl. mit §. 36 sub c der Handels-Gerichts-Ordnung, — der Product verbunden, seinen Gegenbeweis sofort in dem zur Erklärung auf die Beweisantretung bestimmten Termine anzu- pag. 21.
treten oder doch jedenfalls, wenn er sich daran verhindert fand, seinerseits einen anderen Termin zu diesem Behufe auszuwirken, und ist, da er keins von beiden gethan, er ordnungsmäßig mit seinem Gegenbeweise ausgeschlossen.

Bei der Grundlosigkeit sämmtlicher in der Sache selbst aufgestellten Beschwerden mußte endlich

III. auch die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten voriger Instanz bestätigt und derselbe in die Kosten gegenwärtiger Instanz ebenmäßig verurtheilt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Theodor Kock und Justus Schneider Wittwe, Julie geb. Kock in Bremen, Beklagten jetzt Appellanten, wider den Major a. D. Carl Bach zu Ehrenbreitstein, Namens seines Sohnes Carl Bach, Klägern jetzt Appellaten, Erbansprüche betreffend, erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 17. September 1860 wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, der im Erkenntnisse vom 12. September 1859 im Decisum 1. den Beklagten auferlegte erste alternative Beweis aber dahin abzuändern sei:

daß Eduard Kock das Testament seines Vaters [6] entweder ausdrücklich oder durch concludente Handlungen anerkannt habe.

Die Kosten dieser wie der vorigen Instanz sind zu compensiren, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. Februar 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die ersten beiden in voriger Instanz aufgestellten und in der gegenwärtigen wiederholten Beschwerden,

pag. 2. daß die erhobene Klage auf $^2/_5$ von $^1/_{27}$ des Nachlasses von Johann Eduard Kock für begründet erachtet, und nicht vielmehr, wie angebracht resp. als verjährt zurückgewiesen sei,

waren als unbegründet zu verwerfen.

Unerörtert kann es hier bleiben, wie die angestellte Klage nach gemeinem Rechte zu beurtheilen wäre, da hier das Bremische Statutenrecht allein maaßgebend ist.

Nun ist es aber ein ausgemachter, auch in anderen Statuten sich findender Satz dieses Rechtes, daß bei beerbter Ehe bei eintretendem Tode des Vaters zwar die Mutter bis Gründe zur Theilung eintreten, den Besitz im Sammtgute behält, daß aber dieses Sammtgut sofort als auf die Kinder resp. deren Descendenten und auf die Wittwe vererbt angesehen wird (mortuo

pag. 3. patre bona consentur divisa), so daß jedes Kind mit diesem Augenblicke ein ihm nicht mehr entziehbares Recht auf seinen Kopftheil erworben hat.

Gildemeister, Beiträge zur Kenntniß des vaterländischen Rechts I. S. 23—24.

Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Rechts II. S. 130.

Berck, das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 349. 351.

dergestalt, daß noch während des Beisitzes der Mutter, wenngleich unbeschadet desselben, ein sich verehelichendes Kind seinen Kopftheil in die Ehe inferiren,

Donandt a. a. O.

Berck a. a. O. S. 403. Note 396a.

auch über denselben letztwillig verfügen kann

pag. 4. Berck a. a. O. S. 357.

Digitized by Google

und eine wirkliche Erbfolge eines nicht reell abgetheilt verstorbenen Kindes eintritt.

Donandt a. a. O. S. 133.

Und ebenso ist es ein ausgemachter Satz des geltenden Bremischen Rechts, daß wenn ein Mann zu einer zweiten Ehe schreitet, ohne (was ihm gestattet ist) mit den Kindern erster Ehe abzutheilen, und er nun vor der zweiten Ehefrau stirbt, diese verpflichtet ist, ihre Ehe mag beerbt sein oder nicht, ihre Stiefkinder sofort abzutheilen.

Berck a. a. O. S. 369 ff.
Vormundschaftsordnung von 1826 § 6 und 84a.

Wendet man diese Sätze auf den vorliegenden Fall an und beurtheilt darnach die angestellte Klage — wobei natürlich von dem väterlichen Testamente, aus welchem die Beklagten ihre Einrede hergenommen haben, ganz abzusehen ist — so ergiebt pag. 5.
sich Folgendes:

Johann Eduard Kock, der eine Sohn erster Ehe, von dessen Beerbung es sich gegenwärtig handelt, hatte durch den am 12. Mai 1847 erfolgten Tod seines Vaters nicht nur ein Recht auf einen Kopftheil ($^1/_8$) am Sammtgute, sondern auch das Recht erworben, von seiner Stiefmutter Abtheilung und Auskehrung seines Theils zu verlangen. Dieses Recht ist durch seinen noch zu Lebzeiten der Stiefmutter, am 30. Mai 1854, erfolgten Tod auf seine gesetzlichen Erben übergegangen, welche, wie dies rechtskräftig feststeht, seine beiden Vollgeschwister und kraft Repräsentationsrecht der von dem Kläger vertretene Sohn seiner verstorbenen Vollschwester sind. Wenn daher Namens dieses Sohnes, als Erben von Johann Eduard Kock zu einem Drittel, die gegen die Stiefmutter begründet gewesene pag. 6.
Klage auf Abtheilung, nach deren Tode gegen deren übrigen Kinder, auf welche das Sammtgut gefallen ist, und in deren Besitze sich also auch der Kopftheil des verstorbenen Johann Eduard als dessen Nachlaß befindet, gerichtet worden und gebeten ist:

> unter Anerkennung des Erbrechts des Carl Bach auf $^1/_3$ der Erbschaft von (Johann) Eduard Kock, den Beklagten aufzugeben, über den Bestand des Nach-

Digitized by Google

lassen jenes Eduard Kock, soweit solcher an jeden der Beklagten gekommen, Rechenschaft abzulegen, auch dem Kläger, seinem Erbrechte entsprechend, 1/3 des Nachlasses mit Zinsen und Früchten herauszugeben, so läßt sich die Statthaftigkeit dieser Klage

1) so wie sie angestellt, weder was den Gegenstand der-
pag 7 selben, noch auch was die Person der Beklagten betrifft, beanstanden. Denn wenn, was das Letztere betrifft, die Beklagten sich darauf berufen, daß sie den streitigen Kopftheil nicht als Erben von Johann Eduard Kock, sondern kraft väterlichen Testaments als Universalfideicommiß, also weder pro herede noch pro possessore besäßen, so kann dieser Einwand für begründet nicht erachtet werden, da sie auch als Universalfideicommissare solchen gleichstehen, die ein wirkliches Erbrecht in Anspruch nehmen,

L. 13. § 5. D. de hered. petit.
L. 1. C. de inofficioso test.

und der Umstand, daß sie sich nicht als Nachfolger von Eduard Kock betrachten, nicht in Betracht kommt, weil sie doch zugeben, daß dessen Erbtheil nach seinem Tode auf sie übergegangen sei.

pag. 8. 2) Könnte aber auch mit Rücksicht auf diesen letzteren Einwand das Bedenken entstehen, ob das Petitum der Klage nicht zunächst auf Anerkennung des Erbrechtes des Johann Eduard Kock an dem Nachlasse seines Vaters hätte gerichtet werden müssen, obgleich dieses Erbrecht, weil durch das Gesetz bestimmt, gar keiner Anerkennung mehr bedurfte, wie es denn auch nicht bestritten ist, so würde dieser Mangel um so weniger eine Abweisung der Klage angebrachtermaaßen rechtfertigen, als die geforderte Rechnungsablage und Auskehrung von 1/3 des Kopftheils des Joh. Eduard Kock den Anspruch auf Anerkennung jenes Erbrechts in sich schließt und der Richter kraft seines officium suppletorium eben so berechtigt wie verpflichtet ist, wenn Zweck und Meinung einer Klage keinem Zweifel unterliegen, zu
pag. 9. deren Aufrechthaltung Ungenauigkeiten im Petitum zu verbessern.

Wenn endlich

3) die Beklagten meinen, daß der so verbesserten Klage der Einwand entgegenstehen würde, daß Eduard Kock das väter-

Digitized by Google

liche Testament auf Grund seines Pflichttheilsrechts mittelst der querela inofficiosi hätte anfechten oder die actio ad supplendam legitimam hätte anstellen müssen, daß aber diese beiden Klagen längst verjährt seien, so bedarf es zur Widerlegung dieses, in gegenwärtiger Instanz auch nicht weiter gerechtfertigten Einwandes nur der doppelten Bemerkung, daß Eduard Kock berechtigt gewesen wäre, ganz einfach, ohne das väterliche Testament zu beachten, seinen ihm gesetzlich zustehenden Kopftheil zu fordern, also die heriditatis petitio ab intestato anzustellen, was natürlich auch dem Kläger zusteht, daß aber, selbst von pag. 10.
der Ansicht der Beklagten ausgegangen, der Einwand jedenfalls insofern als ein völlig unbegründeter sich darstellt, als die Meinung, daß die actio ad supplendam legitimam gleich der querela inofficiosi in fünf Jahren verjähre, längst als unrichtig anerkannt ist.

Franke, das Recht der Notherben S. 335.

II. Die 3. bis 5. Beschwerde der Beklagten, auf welche diese das Hauptgewicht legen, sind gegen den ihnen in Folge ihrer Einrede aus dem väterlichen Testamente im Obergerichts-Erkenntnisse vom 12. Sept. 1859 sub Deciso 1. auferlegten ersten Beweis gerichtet, indem sie verlangen, daß dieser Beweis lediglich auf eine Anerkennung des väterlichen Testaments von Seiten des Joh. Eduard Kock durch ausdrückliche Erklärung pag. 11
oder schlüssige Handlungen resp. auf einen so beschaffenen Verzicht desselben auf sein unbeschränktes Kopftheilsrecht, so weit es durch jenes Testament modificirt worden oder doch jedenfalls nicht auf die Zustimmung auch seiner Geschwister zu dessen Anerkennung gerichtet werde. Und hier mußte dem principalen Antrage der Beklagten stattgegeben werden.

Es fragt sich nämlich hier, ob eine von Joh. Eduard Kock ausdrücklich oder thatsächlich erfolgte einseitige Anerkennung des väterlichen Testaments und ein dadurch kund gegebener Verzicht auf das ihm gesetzlich zustehende Intestaterbrecht für seinen von dem Kläger vertretenen Erben ohne Weiteres bindend sei. Diese Frage würde nun zwar, wenn das fragliche väterliche Testament wegen der darin getroffenen Disposition über pag. 12
den Kopftheil des Vaters hinaus ein nichtiges wäre, verneint

Digitized by Google

werden müſſen, inſofern die Anerkennung des Teſtaments abſeiten des Eduard Kock nicht mit dem vollen Bewußtſein der Ungültigkeit geſchehen wäre. Denn ſo wie im entgegengeſetzten Falle er ſelbſt, wenn zur Erkenntniß der Ungültigkeit gelangt, immer noch ſein geſetzliches Erbrecht hätte in Anſpruch nehmen können,

L. 8. L. 43 D. de hered. petit.

L. 5. pr. § 1. D. de his quae ab indignis.

L. 3. D. ad L. Cornel. de falsis.

L. 4. L. 8. C. de jur. et fact. ignor.

Franke, im Archiv für Civiliſt. Praxis Bd. 19. S. 187 ff.

ſo liegt kein rechtlicher Grund vor, warum das Gleiche nicht auch von ſeinen Erben geſchehen konnte.

pag. 13. Allein das hier fragliche Teſtament iſt für ein ungültiges nicht zu achten. Freilich hat der Teſtator, indem er auch über die Vererbung der Kopftheile ſeiner Kinder verfügte, etwas gethan, wozu er nicht befugt war. Allein dies machte dieſe Verfügung nur rechtlich wirkungslos, erzeugte keineswegs die Nichtigkeit des Teſtaments, wie ja auch der Teſtator jedenfalls durch Anwendung der cautela Socini einer etwaigen Nichtigkeit vorgebeugt und den widerſprechenden Kindern Alles gewährt hat, worauf ſie den Rechten nach Anſpruch haben. Johann Eduard Kock war alſo in der Lage, zu wählen, ob er die an ſich wirkungsloſe Verfügung anerkennen und dadurch die durch den weiteren Inhalt des Teſtaments ihm gewährten Vortheile ſich aneignen, oder aber von dem ihm geſetzlich zuſtehenden
pag. 14. Erbrechte Gebrauch machen wollte. Und hat er das Erſtere gethan, ſo muß, ſo nie er ſelbſt, ohne daß darüber noch eine Vereinbarung zwiſchen ihm und ſeiner Mutter und ſeinen Geſchwiſtern eingetreten zu ſein brauchte, an ſeine Anerkennung gebunden war, auch der klägeriſche Sohn als ſein Erbe, ſie gegen ſich gelten laſſen.

Wenn das Obergericht ſich für den den Beklagten auferlegten Beweis einer Vereinbarung darauf beruft, daß dieſer Beweis den eigenen Behauptungen der Beklagten entſpreche, ſo würde dies, ſelbſt wenn es gegründet wäre, zur Aufrechthaltung des Beweiſes nicht genügen, da der Richter etwas rechtlich Unerheb-

Digitized by Google

liches nicht zum Beweiſe verſtellen ſoll. Allein in ihrer Vernehmlaſſung haben die Beklagten ſich auf die Behauptung beſchränkt, daß Eduard Kock das väterliche Teſtament ausdrücklich wiederholt anerkannt habe,

Oberger.-Act. Nr. 5. S. 7. pag. 15.

und auch in der Duplik haben ſie ſich zunächſt nur auf eine ſolche ausdrückliche und durch concludente Handlungen geſchehene Anerkennung berufen,

Ebendaſ. Nr. 9. S. 24 ff.

und nur eventualiter, falls dies nicht für genügend erachtet werden ſollte, ſich auf das Teſtament als vertragsmäßige Grundlage der beſtehenden Erbverhältniſſe berufen, indem Eduard Kock und die Mutter der Beklagten, ſowie auch die übrigen Geſchwiſter ſich mit dem Inhalt des Teſtaments einverſtanden erklärt und daſſelbe zur Ausführung gebracht haben.

Ebendaſ. S. 26. 27.

Mußte ſonach in dem Hauptgegenſtande der Berufung den Beſchwerden der Beklagten entſprochen werden, ſo waren demgemäß auch die Koſten dieſer wie der vorigen Inſtanz zu compenſiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) J. **Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Simon Meyer aus Adelebsen, Königlich Hannoverschen Amts Uslar, Beklagtens und Impetratens, jetzt Appellantens, wider Isaac Pincus Goslar in Bremen, Klägern und Impetranten, jetzt Appellaten, Arrest und Forderung, jetzt Restitution betreffend,

in Erwägung:

daß gegen die klar vorliegende Versäumniß der Nothfrist der Einführung und Rechtfertigung der Appellation zeitig

Ober-App.-Ger.-Ordn. § 158.

um Restitution gebeten worden ist,

daß zur Begründung dieser Bitte ein in der Annahme der Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Erstreckung von Nothfristen bestehender Rechtsirrthum des Sachführers des Appellanten angeführt wird, welcher nach § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung als genügender Restitutionsgrund anerkannt werden muß, da es einer Partei nicht als Nachlässigkeit angerechnet werden kann, wenn sie sich wegen der Wahrung der Einführungs- und Rechtfertigungs-Frist des von ihr zu rechter Zeit eingewendeten Rechtsmittels auf ihren Sachführer verläßt;

daß die Wahrheit des angeführten Restitutionsgrundes als hergestellt angenommen und von einer eidlichen Bestärkung desselben abgesehen werden darf, da der Appellat in der Vernehmlassung die Angaben seines Gegners im Wesentlichen bestätigt hat;

daß endlich den schuldigen Sachführer nach § 160 der Ober-App.-Ger.-Ordn. nicht nur der Kostenersatz an beide Parteien, sondern auch eine angemessene Geldstrafe treffen muß;

Digitized by Google

erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß der Appellant gegen den Ablauf der Einführungs- und Rechtfertigungs-Frist seiner wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. October vor. Jahres verfolgten Appellation, wie hiemit geschieht, in den vorigen Stand wieder einzusetzen sei. Es hat aber dessen Sachführer, Dr. ..... zu Bremen, beiden Theilen alle durch das Restitutionsverfahren verursachten Kosten aus eigenen Mitteln zu erstatten, und wird derselbe überdies in eine binnen vier Wochen an die Kanzlei des Ober-Appellations-Gerichts, bei Vermeidung von Zwangsmaaßregeln zu entrichtende Strafe von dreißig Mark Cour. verurtheilt.

Zugleich wird nunmehr dem Appellaten aufgegeben, sich auf den Appellationslibell und die Rechtfertigung der Beschwerden binnen Ordnungsfrist, bei Strafe des Ausschlusses, vernehmen zu lassen, und soll über dessen Cautionsantrag bei Aburtheilung der Hauptsache erkannt werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 16. Mai 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Sachen Catharina Mina Eliſe geb. Köſter verehelichter Tapken zu Bremerhaven, Klägerin, jetzt Querulantin und Appellantin, gegen deren Ehemann Peter Friedrich Ludwig Tapken daſelbſt, Beklagten, jetzt Querulaten, Appellaten und Adhärenten, Eheſcheidung betreffend, erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der klägeriſchen Rechtsmittel für gewahrt, und die beklagtiſche Adhäſion für zuläſſig zu achten, auch in der Sache ſelbſt wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 16. December 1861 aufzuheben und dasjenige vom 2. September 1861, jedoch mit der Abänderung wieder herzuſtellen ſei, daß die dem Beklagten durch daſſelbe aufgelegten Nachtheile — der Verluſt ſeines Antheils am Sammtgut und das Verbot der Wiederverheirathung — in Wegfall kommen.

Die Koſten dieſer und der vorigen Inſtanz werden compenſirt, und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Mai 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die von der Klägerin als Nullitäten wider das Ober-
pag. 2. gerichts-Erkenntniß vom 16. December 1861 geltend gemachten Momente konnten niemals die Cassirung jenes Erkenntnisses zur Folge haben. — Die Klägerin setzt jene Nullitäten darin, daß das Obergericht in revisorio unter Verletzung der Verhandlungsmaxime auf Grund einer von dem Beklagten nicht vorgeschützten exceptio compensationis, gegen des Beklagten Antrag absolutorisch erkannt, auch ein novum

berücksichtigt habe, mit welchem nach § 506 der Brem. Ger.-Ordn. der Beklagte nicht hätte gehört werden dürfen. — Da nun hier eine Ehescheidungssache vorliegt, in einer solchen aber, wie nach gemeinem Recht, so auch nach dem § 12 der Brem. Ger.-Ordn.

pag. 3. vgl. auch O.-A.-Ger.-Erk. in S. Dörrbaum c/a uxor. vom 27. Novbr. 1851.

der Richter nicht schlechthin an das Vorbringen und die Anträge der Parteien gebunden ist — indem insbesondere, was die Lösung oder Aufrechthaltung des vinculum matrimonii betrifft, sowohl die Wirksamkeit einer bloßen Willensübereinstimmung der Parteien, als auch diejenige colludirender Zugeständnisse, ferner des Vergleichs und der auf solchem beruhenden Eidesdelation ausgeschlossen bleibt oder doch beschränkt ist, — so kann, wenn etwa ein Richter in einer Ehescheidungssache zu weit von dem Verhandlungsprincip abgewichen sein sollte, hierin nicht ein Fehlgriff in procedendo, sondern nur in judicando erblickt werden. — Dies Letztere gilt nicht minder, und zwar
pag. 4. ohne allen Zweifel, von einem Falle, in welchem die Zulässigkeit eines Novums unrichtig vom Richter beurtheilt wäre. — Die Nullitäten, um welche es sich hier handelt, gehören demnach

Digitized by Google

den heilbaren Nichtigkeiten an, deren Verfolgung den Effect gewöhnlicher Appellations-Beschwerden hat, wie denn auch Seitens der Klägerin wirklich eine gewöhnliche Berufung mit den Nullitätsausführungen verbunden worden ist.

II. Der Principal-Beschwerde der Klägerin, daß die vom Obergerichte in erster Instanz ausgesprochene Ehescheidung durch das angefochtene Erkenntniß außer Kraft gesetzt worden sei, mußte entsprochen werden, und zwar ohne Weiteres auf Grund der Rechtskraft, indem diese auch für den Ehe- richter bindend ist, falls nicht etwa, wovon hier Nichts vorliegt, pag. 5.
solche Umstände vorgekommen sein sollten, welche zur nachträg- lichen von Amtswegen vorzunehmenden Cassirung des Erkennt- nisses Veranlassung geben würden. — Nun hat hier das Obergericht in erster Instanz, dem Antrage der Klägerin gemäß, das Band der zwischen den Partheien bestehenden Ehe für gelöst erklärt, und hiegegen hat der Beklagte kein Rechtsmittel ergriffen. — Die Revisions-Beschwerden, welche er in zweiter Instanz dem Obergerichte vorgetragen hat, betreffen nämlich nur die über ihn als schuldigen Theil verhängten Vermögens- und persönlichen Nachtheile, so daß die ausgesprochene Ehescheidung selbst überhaupt nicht mehr einen Gegenstand der richterlichen Beurtheilung zu bilden hatte.

Wenn demnach, und zwar aus einem Grunde, welcher pag. 6.
implicite von der Klägerin in ihrer Beschwerdeführung sub. 1 und 2 mit vorgebracht worden ist, das angefochtene Erkenntniß, insoweit es den Hauptgegenstand des Streites betraf, aufzuheben war, so bestand auch hier kein Bedenken darüber, von Cassation abzusehen und die abgegebene Entscheidung durch ein anderes der Actenlage entsprechendes Erkenntniß zu ersetzen. Denn das O.-A.-Gericht hat beständig die Ansicht befolgt, daß durch den Erlaß einer sententia contra sententiam eine unheilbare Nichtigkeit nicht begangen werde.

III. War in Gemäßheit des Obigen der Principal- Beschwerde der Klägerin abzuhelfen, so kamen die Beschwerden des Beklagten voriger Instanz revivicirend in Betracht, in Betreff deren es mithin nicht erforderlich gewesen wäre, be- pag. 7.
klagtischer Seits zur Adhäsion zu greifen.

Digitized by Google

Und dieſen Beſchwerden war zu entſprechen.

Wie begründet auch allem Anſcheine nach die Vorwürfe ſind, welche die Klägerin dem Beklagten in Beziehung auf ſein Verhalten als ihres Ehegatten gemacht hat, ſo iſt doch auch ſchon nach Demjenigen, was aus den Acten erſter Inſtanz über das Benehmen der Klägerin erhellet, eine ſtarke Vermuthung dafür vorhanden, daß auch ſie dem **Beklagten** ſehr erheblichen Grund zur Beſchwerde gegeben hat. Denn ſie hat die Behauptung ihres Ehemannes, daß ſie ein Verhältniß mit einem andern Manne in ſolcher Weiſe gehabt habe, daß
pag. 8. Dies die Veranlaſſung zu ſeinerſeits an ihr vollzogenen Züchtigungen geworden ſei, im Allgemeinen nicht beſtritten, und wenn ſie geleugnet hat, daß es wirklich zur Unzucht zwiſchen ihr und jenem Manne gekommen ſei, ſo hätte dieſer Punkt entweder zum Gegenſtand näherer Ermittelung nach § 12 der Ger.-Ord., oder einer beklagtiſchen Beweisführung gemacht werden müſſen, ſtatt wie vom Obergerichte in erſter Inſtanz geſchehen iſt, die Klägerin als ſchuldfrei zu behandeln und dem Beklagten zu ihren Gunſten Vermögensnachtheile und perſönliche Beſchränkungen aufzulegen.

Nun iſt aber dieſer Punkt durch das von dem Beklagten in zweiter Inſtanz beigebrachte Protocoll über die Bremerhavener
pag. 9. Verhandlungen vom 9. und 11. October 1861 zum Nachtheil der Klägerin außer Zweifel geſtellt. Denn die dort amtlich conſtatirten und von der Klägerin nicht geleugneten Hergänge laſſen dieſelbe als eine ſchamlos liederliche Perſon erſcheinen, welche, wenngleich ſie das Band der Ehe zu jener Zeit als geſchieden ſchon mogte anſehen können, da ſie aus den Erklärungen des Beklagten in erſter Inſtanz zu ſchließen veranlaßt war, auch ſonſt wiſſen mogte, daß derſelbe kein auf Beibehaltung des vinculum matrimonii gerichtete Beſchwerde an die zweite Inſtanz richten werde, doch ſich noch mit dem Beklagten in Veranlaſſung des geſchloſſenen Ehebündniſſes in proceſſualiſcher Verhandlung wußte, und, wenn ſie ſich dennoch einem ſogar mit öffentlichem Aergerniſſe verbundenen unzüchtigen Leben hingab, derjenigen Rechte ſich verluſtig machte, welche einer ehr-
pag. 10. baren Perſon dem ſchuldigen Theile gegenüber eingeräumt werden.

Digitized by Google

Es steht denn auch der Berücksichtigung des Bremerhavener Protocolls nicht etwa der § 506 der Ger.-Ordn. entgegen. Denn wenn auch derselbe, was übrigens vom Obergerichte verneint wird, unter der in Betracht kommenden Voraussetzung selbst noviter acta ausschließen sollte, so hatte doch der Beklagte in zweiter Instanz Grund zu der Beschwerde, daß sein Vorbringen über die Unwürdigkeit der Klägerin unberücksichtigt geblieben sei, und kann mithin die Berücksichtigung des beigebrachten Beweisstückes keinem Bedenken unterliegen.

Diesemnach mußte so, wie geschehen, erkannt werden, wobei übrigens kein Grund bestand, dem Beklagten die Kosten erster Instanz abzunehmen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Cornelius Janſen Cornelius zu Bremerhaven, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Johann Philipp Köhnen daſelbſt, Klägern jetzt Appellaten, Miethentſchädigung betreffend,

da

1) die Klage darauf geſtützt iſt, daß die Parteien über eine dem Beklagten zugehörige Kegelbahn nebſt Zubehör für die Zeit von Oſtern bis Ende 1860 mit dem Zins von Ld'r.ß 250 einen Miethvertrag geſchloſſen, und dieſen ohne Erhöhung der Gegenleiſtung auf die drei erſten Monate des Jahres 1861 ausgedehnt, denſelben ſodann für ein ferneres Jahr von Oſtern 1861 bis dahin 1862 verlängert haben, von dem Beklagten jedoch dieſer Contract durch eine am 30. Januar 1861 zum 1. März deſſelben Jahres erfolgte Kündigung einſeitig aufgehoben worden ſei, und dieſen demnach die Verpflichtung treffe, eine — in Gemäßheit ſtatutariſcher Beſtimmung des Bremiſchen Rechts berechnete — Entſchädigungsſumme von Ld'or.ß 333 1/3 nebſt Zinſen und Koſten dem Kläger zu bezahlen; da ferner

2) der bei Strafe des Eingeſtändniſſes geladene Beklagte zwar im Uebrigen die Contractsbedingungen und die Aufhebung des Vertrages für das Jahr 1861 eingeräumt, die Verlängerung der erſten Pachtzeit jedoch um drei Monate in Abrede genommen, indem der Genuß des vermietheten Gegenſtandes dem Kläger während dieſer Zeit nur vergünſtigungsweiſe zugeſtanden ſei, die Aufhebung des Vertrages aber durch mehrere Einreden zu rechtfertigen ſich bemüht hat, während in Betreff der geforderten Entſchädigungsſumme weder in Anſehung des Schätzungs-

Digitized by Google

maaßstabes noch des berechneten Betrags irgend eine Einwendung erhoben ist; da hienach

3) das erste Erkenntniß des Amts Bremerhaven vom 12. März 1861 zunächst den in der Duplik gemachten Versuch des Beklagten, die Aufhebung des Vertrages für das zweite Pachtjahr zu leugnen, als unstattnehmig und die zur Rechtfertigung der Aufhebung vorgeschützten Einreden als unbegründet verworfen; sodann aber den Entschädigungsanspruch an und für sich, abgesehen von dessen Umfang, für liquide erklärt und hierauf dem Kläger den Beweis der unentgeltlichen und nicht bloß vergünstigungsweise geschehenen Ausdehnung des ersten Pachtvertrages für die Monate Januar bis März 1861 auferlegt, mithin jenen Umfang von diesem Beweise abhängig gemacht hat; nun aber

4) dieses rechtskräftig gewordene Beweisinterlocut, wie mit den Gründen des Obergerichts-Urtheils vom 20. Januar angenommen werden muß, seiner Wortfassung nach nur den Sinn haben kann, eine Entschädigung müsse der Beklagte jedenfalls zahlen, es handle sich nur darum, ob die für Aufhebung eines bestehenden Miethverhältnisses, also die von dem Kläger geforderte Summe, oder die Entschädigung für ein noch nicht begonnenes Miethverhältniß, also die Hälfte des Miethzinses nach Stat. 44 — mithin entweder Ld'or.℔ 333⅓ oder Ld'or.℔ 125 — und nur für diese Alternative sei die Führung des auferlegten Beweises von Bedeutung; da sonach

5) die in gegenwärtiger Instanz geltend gemachte Ansicht des Beklagten, über den Umfang des Schadens fehle es bis dahin an jeder Entscheidung, und das Beweisinterlocut vom 12. März 1861 habe nur die Bedeutung, eine Frage, welche für den Umfang des Schadens erheblich sei, zunächst liquide zu stellen, dieser selbst sei aber von einer Liquidation und einer etwaigen ferneren Beweisauflage abhängig, sich mit dem Grundsatz, daß richterliche Entscheidungen aus den Vorverhandlungen zu erklären sind, in Widerspruch befindet, und dem Beklagten selbst darin nicht beigepflichtet werden kann, wenn er den Sinn des Beweisintercolutes für zweifelhaft und den Mangel einer

Digitized by Google

sofortigen Verurtheilung des Beklagten in den Betrag von 125 ℔ rechtlich für erheblich hält; da endlich

6) die von dem Beklagten eventualiter erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Amtserkenntniß vom 12. März 1861 weder auf Grund der Generalklausel noch auf Grund eines entschuldbaren Irrthums ertheilt werden konnte, indem es, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, hiefür an factischen wie rechtlichen Voraussetzungen fehlt; und diesem Allen zufolge

7) der Einwand des Klägers, daß in dem vorliegenden Falle die Appellationssumme nicht vorhanden sei, rechtlich begründet erscheint, da hiefür nach §. 36 der Ober-App.-Ger.-Ordnung nicht die klagend geforderte Summe, sondern der Nennwerth der Beschwerde maaßgebend ist, nun aber nach Abzug der rechtskräftig bereits feststehenden 125 ℔ — die im §. 607 der Bremischen Gerichts-Ordnung festgesetzte Summe von 300 ℔ — nicht mehr vorhanden ist;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 20. Januar d. J. ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Amt Bremerhaven zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 26. Mai 1862.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Urtheil.

In Appellationssachen C. G. Blasius junr. zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, gegen die Versicherungs-Gesellschaft Thuringia, die Schlesische See-Versicherungs-Gesellschaft und die Assecuranz-Compagnie Oceanus daselbst, Beklagte jetzt Appellaten, Assecuranz-Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 25. März 1861 aus den in demselben gegebenen Entscheidungsgründen, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch der Kläger in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Uebrigens wird sowohl der Kläger, C. G. Blasius junr., als auch dessen Anwalt, Dr. . . . . , wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Appellation, in eine bei Vermeidung der Execution innerhalb vier Wochen auf der Kanzlei des Ober-Appellations-Gerichts zu erlegende Strafe, der erstere von dreißig Mark, der letztere — in Berücksichtigung der wider denselben am 14. Februar 1861 aus gleichem Grunde bereits erlassenen Strafverfügung — von fünf und vierzig Mark verurtheilt.

Und ist nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückzuverweisen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 15. Juli 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen J. C. Grundmann & Comp. in Nienburg, Kläger jetzt Appellanten, wider Konitzky & Thiermann zu Bremen, Beklagte, jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 14. Mai 1860, wie hiemit geschieht, aufzuheben, und Beklagte verbunden seien, den Klägern zu bezahlen:

1) die Summe von Zwölfhundert dreizehn Thaler Achtzehn Groten Gold, nebst Zinsen zu 5 p. C. seit dem 8. September 1859,

2) die Summe von Hundert und Ein Thaler Acht Grote Gold, nebst Zinsen à 5 p. Ct. seit dem 8. Sept. 1859,

falls Kläger annoch, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, darthun würden:

daß im Monat März 1859 der Preis von $5^5/_{12}$ Ld'or ℔ incl. der Fässer für 100 Pfund von mit Eicheln vermischten Cichorien der Qualität, von welcher die Kläger unterm 21. Februar 1859 den Beklagten für Henry J. Meyer in Newyork eine Probe eingesandt haben, ein angemessener Fabrikpreis gewesen sei.

Von den Kosten erster Instanz haben die Beklagten den Betrag von Sieben Achttheilen allein zu tragen, resp. den

Digitized by Google

Klägern zu erſtatten, wogegen Ein Achttheil jener Koſten zum Erkenntniß über den unter Nro. 2 auferlegten Beweis verſtellt bleibt. Die Koſten der vorigen und der gegenwärtigen Inſtanz dagegen ſind zu vergleichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handels-Gericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. September 1862.

Zur Beglaubigung

(L. S.)

(unterz.) **J. Bremer**,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Da die Gründe zu den beiden vorigen Urtheilen in der Auffassung des rechtlichen Verhältnisses zwischen Henry J. Meyer in Newyork, Konitzky & Thiermann in Bremen und J. C. Grundmann & Comp. in Nienburg übereinstimmen p. 2.

[3] der Ober-Appell.-Ger.-Acten S. 3—9

und dieser Auffassung ohne Bedenken beigetreten werden durfte, so kommt Alles auf die Beantwortung der Fragen an, ob zwischen Meyer und Grundmann & Co. in Betreff der gegenwärtig in Streit befangenen 50 Fässer mit Eicheln vermischter Cichorien ein Kauf oder ein unbenannter Contract zur rechtlichen Perfection gelangt ist, und ob derselbe durch Einreden elidirt wird; indem, wenn die erste Frage zu bejahen, die zweite zu verneinen sein sollte, Konitzky & Thiermann der Klagbitte gemäß verurtheilt werden müßten.

I. Die Perfection des Vertrages zwischen Grundmann & Co. und Meyer wird von dem Beklagten in Abrede gestellt wegen Mangels einer Einigung: p. 3.

1) über das Mischungsverhältniß von Eicheln und Cichorien,
2) über das Zahlungsziel,
3) über den Kaufpreis.

Allein

zu 1. ist übersehen, daß Meyer durch Illius am 18. resp. 22. December 1858 ein Mischungsverhältniß verlangt hat, wie es in der Waare sich befand, die er früher von den Nachbarn von Grundmann & Co. mittelbar bezogen hatte.

[11] der Handels-Ger.-Acten.

Digitized by Google

Wenn nun diese am 6. Januar 1859 erwiedern: „sie hätten derartige gemischte Waare bis dahin nicht versandt, Meyer habe nicht gesagt, in welchem Verhältniß er die Mischung zu haben wünsche, sie, Grundmann & Co., seien
p. 4. der Ansicht, 1/8 tel oder höchstens 1/6 tel Eichelzusatz reiche hin, und würden, falls sie von Meyer keine Nachricht hätten, wenn die Cichorien fertig seien (den Eichelzusatz) in diesem Verhältniß anfertigen lassen,“

[13] der Handels-Ger.-Acten

so konnte in dieser Anfrage eine Suspension des Kaufabschlusses nicht gefunden werden. Sie hatte nur die Bedeutung, die auf die Fabrication zu verwendende Zeit, in der Beziehung, daß die Wünsche des Käufers vollständig befriedigt würden, auszunützen. Fragten Grundmann & Co. gar nicht an, sondern mischten nach eigenem Ermessen, so mußte Meyer die Waare annehmen, falls er nicht nachzuweisen vermochte, daß die Mischung von dem früher Bezogenen wesentlich abgewichen sei. Auch haben Grundmann & Co. diese Anfrage nicht in der Weise gestellt, daß die Perfection des Vertrags davon ab-
p. 5. hängig gemacht würde, wie sich daraus ergiebt, daß sie für den Fall der Nichtbeantwortung nach eigenem Ermessen mischen zu wollen erklären, und noch mehr daraus, daß sie, nachdem Meyer am 2. Februar 1859 seine Zustimmung zu gedachtem Vorschlag gegeben,

[22] der Handels-Ger.-Acten

sich, und gewiß mit Recht, für berechtigt erachtet haben, den Eichelzusatz auf 1/10 herabzusetzen,

[24] der Handels-Ger.-Acten

was von Meyer am 16. Mai 1859

[26] der Handels-Ger.-Acten

ausdrücklich genehmigt ist.

Zu 2. In Ansehung des Zahlungsziels ist es zwar richtig, daß Grundmann & Co. der Aufforderung Meyer's in den Schreiben vom 18. und vom 22. December 1858, sich über den Zahlungstermin zu erklären,

[11] der Handels-Ger.-Acten

Digitized by Google

in der Antwort vom 6. Januar 1859

[13] der Handels-Ger.-Acten p. 6.

nicht entsprochen haben. Es bedurfte dessen jedoch nicht, da Konitzky & Thiermann in dem Schreiben vom 4. Januar 1859, in welchem Meyer's Auftrag an Grundmann & Co. übermittelt ward, ausdrücklich erklärt hatten, sie würden deren Ziehungen drei oder vier Monate nach Factura-Datum honoriren.

[10] der Handels-Ger.-Acten.

Da hierin das Ziel bereits klar angegeben war, und Grundmann & Co. annehmen durften, daß Konitzky & Thiermann ihre Committenten von den an Grundmann & Co. gemachten Mittheilungen in Kenntniß gesetzt hätten, so war eine Beantwortung dieses Punctes überflüssig. Es kommt daher nichts darauf an, daß Meyer in dem Schreiben vom 29. Januar die Nichtbewährung der Zahlungszeit hervorhebt, und hinzufügt, es wäre ihm lieb, wenn die Zeit auf 4 Monate, p. 7.
und noch lieber, wenn sie auf 6 Monate gestellt würde,

[19] der Handels-Ger.-Acten

was Grundmann & Co. in ihrem Schreiben vom 21. Februar 1859

[24] der Handels-Ger.-Acten

mit dem Bemerken abgelehnt haben, ihr bescheidener Nutzen gestatte nur die Bewilligung eines Ziels von 3 Monaten.

Zu 3. endlich konnte es zunächst nicht für gleichgültig erachtet werden, ob die Absicht von Meyer und Grundmann & Co. bei Abschluß des Vertrages dahin gegangen sei, Grundmann & Co. sollten zunächst die Preise aufgeben, und Meyer sich darüber erklären, oder dahin, die Preisbestimmung solle Grundmann's Ermessen überlassen sein. In jenem Falle würde der Vertrag erst dann zum Abschluß gekommen sein, wenn Meyer zu Grundmann's Aufgabe sich zustimmig erklärt hätte oder aus den Umständen seine Zustimmung p. 8.
geschlossen werden müßte. In diesem Falle dagegen, würde zwar rechtlich kein Zweifel darüber obwalten können, daß wenn die Preisbestimmung in Grundmann's Willkür gestellt wäre, von dem Zustandekommen eines Kaufgeschäftes nicht die

Digitized by Google

Rede sein könnte. Dagegen haben wir keinen bestimmten Grund in den Quellen, um in Abrede zu stellen, daß die Preisbestimmung beim Kaufcontract arbitrio boni viri einem der Contrahenten überlassen werden könne, und unsere heutige Rechtsübung spricht entschieden für diese Möglichkeit.

Keller Pandecten §. 323 S. 609 med.

Es liegt jedoch nach Inhalt der Schreiben vom 18. und 22. December 1858

|11| der Handels-Ger.-Acten

p. 9. weder der erste noch der zweite Fall vor. Jener deshalb nicht, weil die Angabe der „ferneren" Preise, um welche Meyer bittet, sich nicht auf die damals bestellte Waare, sondern auf spätere Bestellungen bezieht, und die Aeußerung, „er wünsche Alles fertig geregelt zu haben, ehe die Versendungen wieder angingen", selbst in Verbindung mit der früheren, nach dem Passus über die ferneren Preise gemachten Bemerkung, „daß die Rechnungen stets weiter Nichts als den Betrag der Waare zu enthalten hätten," nur mit dem Verlangen der Erklärung, ob Grundmann & Co. den Auftrag überhaupt annehmen oder nicht, in Verbindung steht. Ebensowenig aber liegt der zweite Fall vor, da von einem Ermessen Grundmann's in Betreff der Preisbestimmung weder in dem ersten noch in dem zweiten

p. 10. Schreiben ausdrücklich die Rede ist. Es war vielmehr anzunehmen,

arg. l. 22. D. 19, 5 und §. 1. J. 3. 24,

daß Meyer bei der Bestellung der 100 Fässer die Anfertigung einer Waare ohne vorgängige Vereinbarung über den Preis von den Fabrikanten Grundmann & Co. verlangt habe, daß diese den Auftrag angenommen und die Waare angefertigt haben, und daß ihnen um deswillen gegen Lieferung der Waare, oder was ihr gleich kommt, eine Klage auf Bezahlung des entsprechenden Fabrikpreises zustehe. Dafür sprechen insbesondere die Worte: „er gebe den Auftrag schon jetzt, um die Waare mit den ersten Schiffen des kommenden Jahres zu bekommen"; indem bei einem Quantum der vorliegenden Art, insbesondere bei einer Mischung, für welche es, nach Angabe

p. 11 von Grundmann & Co., an einer sonstigen Verwendung

Digitized by Google

fehlt, in Beihalt der für die Fabrication erforderlichen Zeit und der Entfernung zwischen dem Orte der Absendung und dem des Empfanges, verständigerweise nur angenommen werden kann, der Antragsteller, welcher doch auf eine Annahme der Offerte gerechnet haben muß, werde einen festen Auftrag beabsichtigt haben, da ein Anderes überall nicht auf Annahme zu rechnen hatte. In diesem Sinne ist denn auch der Auftrag von Konitzky & Thiermann in dem Schreiben vom 4. Januar 1859

[10] der Handels-Ger.-Acten

verstanden worden, indem sie denselben „bestens zu effectuiren" bitten, und in dem gleichen Sinne ist es unterm 6. Januar in dem Schreiben an Konitzky & Thiermann und an Henry J. Meyer aufgefaßt und angenommen.

[12] und [13] der Handels-Ger.-Acten.

Es fragt sich daher nur, ob der von Grundmann & Co. geforderte Preis von $5^5/_{12}$ Ld'or-℔ per 100 Pfund Bremisch als p. 12.
entsprechender Fabrikpreis für die mit Eicheln vermischte Waare bereits anerkannt sei, indem, wenn es hieran fehlen sollte, die Kläger nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast treffen würde, da die Preisbestimmung dem Obigen zufolge nicht etwa ihrem Ermessen überlassen worden ist; und mithin die dritte Beschwerde zu verwerfen, der vierten dagegen zu entsprechen wäre. Nun haben aber die Beklagten

Handels.Ger.-Protoc. pag. 7

erklärt: „nur 5 ℔ sei ein angemessener Preis für die gemischte Waare," und da dieses Geständniß in Verbindung gebracht ist mit der Aeußerung in dem Briefe der Kläger vom 21. Febr. 1859,

[24] S. 2. z. E. der Hand.-Ger.-Acten

„sie würden den Preis für gemischte Waare nicht höher setzen p. 13.
als den für ungemischte," und dieser sei $5^1/_3$ ℔ gewesen, so gewinnt es, da gedachter Preis von den Klägern excl. Fässer gestellt war,

[13] der Handels-Ger.-Acten

den Anschein, als wenn der Preis von 5 ℔ gleichfalls excl. Fässer gemeint sei. Da nun von diesen das Stück mit $^1/_3$ ℔ berechnet worden ist,

[24] S. 1. der Handels-Ger.-Acten

Digitized by Google

die Factura aber

[3] der Handels-Ger.-Acten

eine Berechnung von $5^5/_{12}$ Ld'or.ℳ incl. Fässer nachweis't, so würde hienach die Differenz nur $^1/_{12}$ ℳ Gold für 100 Pfund Bremisch, mithin für das ganze Quantum nur 20 ℳ 16 ß betragen, und es könnte Bedenken erregen, ob in einem Falle der vorliegenden Art wegen einer derartigen Summe annoch auf Beweis zu erkennen wäre, da die Kosten seiner Führung
p. 14. den Betrag des zu erstreitenden Gegenstandes offenbar übersteigen würden. Da indessen Geständnisse im Zweifel in dem Sinne aufzufassen sind, welcher den Gestehenden so wenig als möglich beeinträchtigt, und da ferner die zweite Beschwerde der Kläger

[1] S. 6. der Ober-Appell.-Ger.-Acten

auf eine Verurtheilung zum Betrag von 1213 ℳ 13 (rect. 18) Grote gerichtet ist, ohne daß Kläger zwischen dieser und der ersten Beschwerde in erster Eventualität die Verurtheilung in 1294 ℳ 10 Grote beantragt hätten, so konnte unter Verwerfung der ersten auf Grund der zweiten Beschwerde die Verurtheilung und Beweisauflage in der Hauptsache nur wie aus dem Urtheil ersichtlich erfolgen, da der Klaganspruch

II. durch Einreden nicht beseitigt wird. Es war nämlich

1) nicht anzunehmen, daß der, den Ausführungen unter I
p. 15. zufolge, zum Abschluß gelangte Vertrag durch entgegengesetzten Willen der Parteien wieder aufgehoben sei. Ganz abgesehen davon, ob in Meyer's Briefen vom 29. Januar resp. 2. Februar 1859

[19] und [22] der Handels-Ger.-Acten

eine Suspension des Geschäfts mit ausreichender Bestimmtheit enthalten ist, so sind jedenfalls Grundmann & Co. sofort nach deren Empfang unterm 17. und 21. Februar 1859 jeder sie benachtheiligenden Auffassung bestimmt entgegen getreten;

[32] und [20], [7] und [23] [24] der Handels-Ger.-Acten

und die Differenz zwischen

[17] und [31] der Handels-Ger.-Acten

in Betreff der Worte: „Wegen den Rest fragen wir nächstens 8 Tage zuvor an, ob wir wieder senden dürfen," ist ebenso

Digitized by Google

bedeutungslos, wie die Höflichkeitsofferte im Schreiben vom 21. Februar an Konitzky & Thiermann.

[23] der Handels-Ger.-Acten.

Deren Antwort vom 23. Februar p. 16.

[25] der Handels-Ger.-Acten

ist im zweiten Absatz factisch unrichtig, wie rechtlich bedeutungslos, und aus der Nichtbeantwortung dieses Briefes folgt ein Einverständniß der Kläger mit der vom Beklagten gewünschten Sistirung der Sendung durchaus nicht.

Handels-Ger.-Protoc. p. 4. z. E. p. 11 z. E. [11] S. 17. der Ober-Appell.-Ger.-Acten.

Die etwaigen dunklen Versuche Meyer's im Schreiben vom 16. Mai 1859, den Abschluß des Kaufs als unvollendet hinzustellen oder ihn in eine Verkaufscommission zu verwandeln,

[26] der Hand.-Ger.-Acten

können an bestehenden Rechtsverhältnissen nichts ändern und eben so wenig die späteren Verhandlungen zwischen Grundmann & Co. resp. ihrem Sachführer und Konitzky & Thiermann.

[8] und [27], [33] [34] und [28] vergl. mit [9] der Handels-Ger.-Acten.

2) Der Einwand, das Gewicht der Waare sei nicht richtig, p. 17.
die Waare weder probemäßig noch beste Waare,

Hand.-Ger.-Protoc. p. 7.

war mit den Gründen zum ersten Urtheil zu verwerfen.

3) Gleiche Bewandtniß hat es endlich mit dem Einwand, Kläger hätten vor dem Anspruch auf Zahlung Factura vorzulegen und die Waare in Bremen auszuliefern,

Handels-Ger.-Protoc. p. 6. z. E.

da die unbestrittenen wiederholten erfolglosen desfallsigen Anerbietungen der Kläger völlig ausreichen, um die Einrede des nicht erfüllten Contractes zu beseitigen. Sollten übrigens die Kläger der von Beklagten berichteten Androhung,

[3] S. 14 [4] der Ober-Gerichts-Acten

die Waare nach Amerika zu senden und dort eventuell für Rechnung wen es angeht, zu verkaufen, Folge gegeben, und

Digitized by Google

p. 18. dieſelben nicht an Meyer ausgeliefert haben, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß hinſichtlich des Betrags ihrer desfallſigen Bereicherung den betreffenden Perſonen ihre Zuſtändigkeiten durch den Inhalt des gegenwärtigen Urtheils nicht geſchmälert ſind.

Hinſichtlich der Zinſen könnte es, da die zweite Beſchwerde derſelben nicht gedenkt, und in der Citation nur im Allgemeinen Zinſen gefordert ſind, ohne den Anfangstermin, den 15. Juni, 3. Auguſt oder 8. September

vergl. [3] [4] [2] der Hand.-Ger.-Acten

näher zu bezeichnen, fraglich erſcheinen, ob es nicht angemeſſen wäre, das Erkenntniß über dieſelben bis zum Endurtheil auszuſetzen. Da es aber unbedenklich war, die zweite Beſchwerde inſoweit aus der erſten zu ergänzen, auch anzunehmen ſtand, daß im Fall einer Forderung von Zinſen ohne ſpeciellen Nachweis über den Zeitpunct, von wo an dieſelben gefordert wer-
p. 19. den, nur Proceßzinſen beantragt ſind, ſo mußte auch in Betreff der Zinſen erkannt werden, wie aus dem Urtheil erſichtlich iſt.

Von den Koſten erſter Inſtanz konnten ſchon jetzt $^7/_8$ den Klägern zuerkannt werden, da faſt ſämmtliche Ausſtellungen und Einreden der Beklagten zu verwerfen waren, und da Kläger mit dem größten Theil ihrer Forderung durchdringen, wogegen $^1/_8$ zum Enderkenntniß zu verſtellen war. Die Vergleichung der in beiden folgenden Inſtanzen erwachſenen Koſten iſt Folge des Wechſels der Erkenntniſſe.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Gudewill & Upmann zu Bremen, Liquidanten, jetzt Appellanten, wider Dr. L. C. A. Heineken als tutor honorarius, sowie Johann Friedrich Ludwig Alberti und Martin Adalbert Heinrich Winter, als Vormünder von Carl Georg Philipp Woltge Beneficial-Erben daselbst, Liquidaten, jetzt Appellaten, Vindications-Ansprüche betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 3. December 1860 wieder aufzuheben, und die Liquidaten zur Herausgabe der vindicirten 115 Säcke Reis, sowie in die Proceßkosten erster Instanz zu verurtheilen seien. Die Kosten zweiter und dritter Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an die erste Instanz zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. October 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

A. Die Liquidanten Gudewill & Upmann zu Bremen haben in der Hauptsache mittelst der gegenwärtigen grav. 1 und 2 ihre Beschwerde voriger Instanz wiederholt, wonach sie alsbaldige Verurtheilung der Liquidaten zur Herausgabe des vindicirten Reises verlangten. Dies Verlangen stützt sich vorzugsweise darauf, daß diejenige Partie Reis, wovon die jetzt in Streit befindlichen 115 Säcke den Rest bilden, vor der Insolvenzerklärung des Erblassers der Liquidaten, C. G. Th. Woeltge durch Tradition in das Eigenthum des Liquidanten übergegangen sei; eventuell aber auf ein durch die Erbe- und Handfesten-Ordnung oder durch Gewohnheitsrecht begründetes Separationsrecht.

Es mußte nun der Antrag auf sofortige Verurtheilung des Liquidaten vermöge jenes principalen Gesichtspunctes für gerechtfertigt erachtet werden, so daß auf den aus einem Separationsrecht hergenommenen Klaggrund nicht eingegangen zu werden
p. 3. brauchte, und die in jetziger Instanz eventuell hinzugefügte, auf Einleitung eines Beweisverfahrens gerichtete dritte Beschwerde sich von selbst erledigte.

I. Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien ist soviel gewiß, daß die fragliche Partie Reis, 300 Säcke groß, von den Liquidanten im März 1859 gekauft und bis zum 10. September vollständig bezahlt wurde, daß sie aber, soweit nicht einzelne weiter verkaufte Theile derselben abgeholt worden sind, in dem von Woeltge miethweise benutzten Packraum anfangs frei, seit Mitte August 1859 aber gegen Vergütung einer Lagermiethe an Woeltge lagern blieb, und die Schlüssel zu diesem Packraum nach wie vor am Woeltge'schen Comptoir

Digitized by Google

hingen. Daß die Liquidanten nicht etwa schon durch die im August abgeschlossene Uebereinkunft über das fernere miethweise Lagern der Waare das Eigenthum derselben erwerben konnten, ist außer Zweifel, da nach §. 2 — 4 der Verordnung Nr. 31 p. 4. vom 25. August 1848 der Uebergang des Eigenthums an beweglichen Sachen durch bloße Verabredungen der Betheiligten, insbesondere durch ein constitutum possessorium, nicht herbeigeführt werden soll. Die Liquidanten leiten aber auch ihren Eigenthumserwerb nicht aus dieser Uebereinkunft her, sondern behaupten, daß eine körperliche Besitzübertragung an sie stattgefunden habe. Sie machen zu diesem Zweck zunächst geltend, daß ihnen die 300 Säcke Reis gleich anfangs im Woeltge'schen Packhause durch kaufmännischen Empfang überliefert worden seien. Ob die thatsächlichen Angaben der Liquidanten hierüber, namentlich soweit sie bereits in erster Instanz aufgestellt worden sind, zur Substantiirung jener Behauptung genügen, und ob es im Bejahungsfalle nicht erst noch eines Beweises derselben bedürfen würde, kann jedoch dahin gestellt bleiben. Die Liquidanten haben sich nämlich weiter darauf berufen, daß nöthigenfalls auch in der ihnen in der Zeit vom p. 5. Mai bis November 1859 von Woeltge gestatteten und von ihnen vielfach benutzten freien Verfügung über die Waare eine Tradition zu finden sei; und darin mußte ihnen beigepflichtet werden.

1) In ihrer ersten Eingabe [14] der Debitacten pto morat. machten sie, neben Hervorhebung des durch den Woeltge'schen Brief vom 5. August 1859 bescheinigten Miethverhältnisses geltend: sie hätten von dem fraglichen Reis am 27. October 100 Säcke weiter an Weber & Weinschenck verkauft, und im Woeltge'schen Packhause überliefert, wovon 40 Säcke auch abgeholt worden seien; ihnen sowie Weber & Weinschenck, sei in der Art freie Verfügung eingeräumt worden, daß Woeltge gar kein Recht und keine Gewalt mehr über die Waare gehabt habe, sondern nur als Vermiether eines Lagerraumes in Betracht gekommen sei. In der Replik geben sie sodann noch specieller p. 6. Folgendes an: sie hätten durch die miethweise Lagerung des

Digitized by Google

Reises ein Verhältniß herbeigeführt, vermöge dessen sie nicht nur im Stande gewesen seien, jeden Augenblick nach Belieben darüber zu verfügen, sondern den ihnen eingeräumten Besitz auch fortwährend wirklich ausgeübt hätten, indem sie, so oft es nöthig gewesen, ihre Küper auf den Woeltge'schen Boden geschickt und mit dem daselbst abgesondert lagernden Reis wie mit freiem Eigenthum geschaltet hätten, denselben durch Kaufliebhaber hätten besehen, Proben ziehen, den Reis vom Platze entfernen und wieder hinlegen lassen u. s. w., ohne deßhalb einer Anfrage oder Zustimmung von Woeltge zu bedürfen; insbesondere hätten sie, außer dem schon erwähnten Absatz an Weber & Weinschenck am 14. September 10 Säcke, am 29. October 50 Säcke, und am 3. November 25 Säcke weiter
p. 7. verkauft und abgeliefert; der Rest sei fortwährend ausgeboten, und von vielen Reflectanten besehen worden, und dieses offenkundig betriebene Verfahren sei der ganzen Börse bekannt gewesen. Der Schlüssel zum Packhause habe allerdings regelmäßig am Woeltge'schen Comptoir gehangen, dadurch sei aber der Eintritt und die freie Verfügung nicht im Geringsten behindert gewesen.

Beruhen diese Angaben auf Wahrheit, so ist eine wirkliche Uebergabe (Tradition) der fraglichen Waare, und damit der Eigenthums-Uebergang auf die Liquidanten unbedenklich anzunehmen. Wenn ein Verkäufer anstatt das Vertragsobject durch einen gemeinschaftlichen Act zu überliefern, dem Käufer gestattet, seinerseits den Besitz der Sache zu ergreifen, und dieser von der Erlaubniß mittelst eines entweder von ihm selbst
p. 8. oder durch dazu bestellte Dritte (z. B. mercenarii) vollzogenen Apprehensionsacts Gebrauch gemacht hat, so steht dieser Besitzerwerb in jeder Beziehung einer eigentlichen Tradition gleich, er ist nur eine erweiterte Form der Tradition.

l. 47 D. de rei vind. (6. 1.)

l. 16. pr. D. praesc. verb. (19. 5.)

l. 6. D. de donat. (39. 5.)

l. 48. D. de acquir vel. amitt. poss. (41. 2.)

und dazu Savigny Besitz ed. 6. S. 372.

Digitized by Google

und es macht dabei keinen Unterschied, ob die Erlaubniß ausdrücklich ertheilt wurde, oder der Käufer sich nur unter Vorwissen und Dulden des Verkäufers in Besitz setzte;

l. 2. C. de acquir. v. am. poss. (9. 32.)

wiewohl selbstverständlich die Erlaubniß nicht schon in dem vorausgegangenen Contract, wenn er deßhalb keine besondere Nebenberedung enthielt, gefunden werden darf.

Kierulff Civilr. S. 382. Note *. p. 9.

Im vorliegenden Falle ist nun der gegebenen Schilderung zufolge die Vornahme entschiedener Besitzhandlungen von Seiten der Liquidanten eben so klar, als die mindestens stillschweigende Erlaubniß Woeltge's, indem die Leute der Liquidanten sich den Zutritt zu der Waare regelmäßig durch Abholung des Schlüssels an seinem Comptoir zu verschaffen hatten. Daß auf diese Weise diejenigen Theile der Waarenpartie, welche von verschiedenen Abnehmern der Liquidanten gekauft und abgeholt wurden, in den Besitz und das Eigenthum der Liquidanten und folgeweise ihrer Abnehmer übergingen, das bestreiten die Beklagten selbst nicht. Der Zweifel kann nur der sein, ob sich die Besitzergreifung nicht eben auf diese abgeholten Theile beschränkt habe. Dies würde allerdings anzunehmen sein, wenn die Liquidanten nicht p. 10. weiter über die Waare hätten verfügen dürfen, als ihnen in jedem einzelnen Falle von Woeltge besonders gestattet worden wäre, wenn also auch die Abholung jedes verkauften Theils der Waare nur auf Grund einer speciellen Anweisung Woeltge's hätte geschehen können, dann würde die Abholung immer nur eine partielle Tradition herbeigeführt haben. Hatten die Liquidanten dagegen die allgemeine Erlaubniß, jederzeit auf das Packhaus zu gehen und daselbst mit den 300 Säcken Reis, welche nicht blos als Gesammtpartie gekauft, sondern auch durch den gemeinschaftlichen Act des kaufmännischen Empfangs specialisirt waren und als certa corpora in einer zusammengehörigen Masse (als ein acervus) lagerten, nach ihrem Belieben zu schalten, so mußte jede Verfügung, die sie darüber p. 11 selbst oder durch ihre Leute trafen, sobald nicht besondere Gründe

Digitized by Google

auf einem enger begränzten animus schließen ließen, sich von selbst als eine auf das volle Vertragsobject, also auf das ganze Quantum gerichtete Besitzhandlung darstellen. Insbesondere gilt dies auch von dem durch sie angeordneten oder vermittelten Ergreifen und Wegschaffen der einzelnen weiter verkauften Theile, wenn das Ausscheiden dieser Theile aus der Gesammtpartie von ihnen nach freier Wahl ausging, und nicht von specieller Anweisung Woeltge's abhängig war. Denn indem sie (resp. ihre Küper) das Probiren und Aussuchen der abzuliefernden Theile vornahmen, indem von ihnen bestimmt wurde, welche Reissäcke aus dem ganzen für sie lagernden Haufen weggeschafft werden, und welche derselben auf dem Packraum liegen bleiben sollten, oder indem sie alle diese Handlungen ihren Abnehmern überließen, verfügten sie thatsächlich über alle, auch die zurück-
p. 12. bleibenden Theile der Gesammtheit — wie es in dem analogen Falle der l. 1. §. 21. D. de acquir v. am. possess. heißt: schon oculis et affectu — und übten somit eine unmittelbare Herrschaft über die ganze Waarenpartie aus, eine Herrschaft welche sich von derjenigen, die durch eine sonstige Obhut (custodia) an der Sache bestätigt wird, rechtlich nicht unterscheidet. Auch hier ist daher der gerade auf Sachen-Mehrheiten sich beziehende Ausspruch der

l. 51 D. de acqu. v. am. poss.

anwendbar, wonach, wenn der Verkäufer den Willen der Uebergabe bekundet hat, schon eine über die Sache verfügte Obhut, sie mag vom Käufer selbst oder einem Stellvertreter desselben geübt werden, eine reelle Tradition bewirkt. Nun behaupten aber die Liquidanten ausdrücklich, der Zutritt zu der Waare und die freie Verfügung darüber sei für sie eine völlig ungehinderte gewesen, sie hätten ihre Küper nach ihrem Bedürfniß
p. 13. hingeschickt und durch sie mit der Waare beliebig geschaltet, davon Proben ziehen, sie vom Platze entfernen und wieder hinlegen lassen, von ihnen seien die einzelnen Partien an ihre Abnehmer überliefert worden, und zu dem Allen habe es keiner Anfrage bei Woeltge oder Zustimmung desselben bedurft.

Es ist also eine Reihe von Handlungen behauptet, wodurch

Digitized by Google

die Liquidanten mit Wissen und Willen Woeltge's wirklichen Besitz an der gekauften Waarenpartie ausübten und womit folgeweise eine reelle Tradition an sie zum Vollzuge kam.

Es konnte sich hiernach nur fragen, ob das, was die Beklagten von den behaupteten Thatsachen eingeräumt haben, genügt, um den erhobenen Anspruch liquid zu machen. Nun haben sie in ihren verschiedenen Proceßschriften Folgendes zugestanden. In der Vernehmlassung erster Instanz:

> daß Woeltge die Liquidanten unbedingt als Eigen- p. 14.
> thümer angesehen, und allerdings die Waare zu ihrer
> Disposition unter seiner Obhut gehalten habe;

in der Duplik (p. 7.)

> daß die p. 9. der Replik angeführten Partien (nämlich
> wie oben erwähnt die 10, 50 und 25 Säcke Reis,
> welche an Ungenannte, und 40 von den 100 Säcken,
> welche an Weber & Weinschenck abgesetzt wurden)
> von den Liquidanten verkauft und abgeliefert seien;

in der Vernehmlassung jetziger Instanz (p. 5 und 14.)

> daß Woeltge die Küper der Liquidanten jederzeit
> auf den Boden habe gehen und mit den Waaren ver-
> kehren lassen; sowie, daß Woeltge den Schlüssel
> zum Packhause zwar nicht zum Zeichen der Uebergabe
> des gemietheten Locals, aber zur Vornahme einzelner
> Handlungen ausgeliefert und dann regelmäßig zurück- p. 15.
> erhalten habe.

Obwohl die Beklagten sich über einzelne von den Liquidanten behauptete Thatsachen weder bejahend noch verneinend erklärt haben, so mußten doch die gemachten Zugeständnisse für ausreichend gehalten werden, um eine reelle Besitzergreifung der Liquidanten zu constatiren. Es fehlt an einer ausdrücklichen Erklärung darüber, daß die Liquidanten von dem für sie lagernden Reis hätten Proben ziehen und denselben umlegen lassen. Allein dieser weiteren Besitzhandlungen bedarf es auch nicht, wenn die mit wirklicher Ablieferung verbundene successive Veräußerung bedeutender Theile der Waare sich als eine von

Digitized by Google

Woeltge gestattete wiederholte Disposition über die ganze Waarenpartie darstellt. Dies aber ist nicht zu bezweifeln.
p. 16. Zwar haben die Beklagten auch die Behauptung nicht speciell beantwortet, daß die Liquidanten ihre einzelnen Verfügungen ohne jedesmalige Befragung oder Zustimmung Woeltge's getroffen hätten. Allein da Woeltge schon in seinem Briefe vom 5. August 1859 den Liquidanten freigestellt hatte, die ganze Waarenpartie sofort abholen oder gegen Lagermiethe noch liegen zu lassen, da er nach bezahltem Kaufpreis, so lange das eingegangene Miethverhältniß bestand, — und gerade in diese Zeit fallen alle die hier fraglichen Veräußerungen — abgesehen von besonderen ein Retentionsrecht begründenden Umständen, gar kein Interesse haben konnte, seinerseits einen bestimmenden Einfluß darauf zu üben, in welchen Abtheilungen und Zeiträumen der Reis weggebracht werden sollte, vielmehr rechtlich verpflichtet war, dies ganz der freien Verfügung der
p. 17. Liquidanten zu überlassen, so hat es schon deshalb alle Vermuthung für sich, daß die Liquidanten völlig ungehinderten Zutritt zu der Waare gehabt haben und in der Auswahl und Ablieferung der weiter verkauften einzelnen Partien von einer Mitwirkung Woeltge's in keiner Weise abhängig gewesen sein werden. Nun haben die Beklagten sich nicht nur nirgends darauf berufen, daß Woeltge jener Umstände ungeachtet ein Retentionsrecht auszuüben Veranlassung gehabt hätte oder jede einzelne Ablieferung nur auf seine specielle Anweisung vor sich gegangen wäre, sondern vielmehr im Allgemeinen eingeräumt, daß Woeltge die Liquidanten unbedingt als Eigenthümer angesehen, daß er die Waare zu ihrer Disposition gehalten habe, daß er die Küper der Liquidanten jederzeit auf den Boden habe gehen und mit den Waaren verkehren lassen. Wenn sie deshalb weiter ausdrücklich zugestehen, daß die
p. 18. Liquidanten die successiv weiter verkauften Partien Reis ihren Abnehmern abgeliefert hätten, so kann dies in keinem andern Sinne aufgefaßt werden, als dahin, daß die Liquidanten es gewesen seien, welche die weiter verkauften Partien nach völlig freier Selbstbestimmung ausscheiden

Digitized by Google

und abgeben ließen. Dies wird denn auch noch dadurch bestätigt, daß die Beklagten in der Vernehmlassung jetziger Instanz (p. 19) selbst erklären, „die folgenden Dispositionshandlungen (womit eben die successiven Veräußerungen einzelner Waarenpartien gemeint sind), seien einseitige Verfügungen der Liquidanten gewesen.“ Verfügten aber die Liquidanten nach einseitiger Willkür über alle Theile der fraglichen Waarenpartie, so übten sie eben damit, wie oben gezeigt, Besitz über das Ganze aus, und da dies mit Wissen und Gestattung Woeltge's geschah, (was die Beklagten an der eben angeführten Stelle der Vernehmlassung unbeachtet gelassen haben,) so ist damit die Bedeutung des Vorganges als einer Tradition außer Zweifel gesetzt.

2) An diesem Resultate wird durch den Umstand, daß die fragliche Partie Reis zur Zeit, wo die Liquidanten die obigen Besitzhandlungen daran vornahmen, sich auf dem Woeltge'schen Packraum befand und noch ferner da lagern blieb, nichts geändert. Daß es für die Wirksamkeit des Besitzerwerbes an beweglichen Sachen nicht nothwendig auf den Ort ankommt, wo der Besitz ergriffen oder ferner ausgeübt wird, daß dies ebenso gut ein Raum sein kann, über welchen der Veräußerer, als ein solcher, worüber der Erwerber oder ein Dritter zu verfügen hat, unterliegt im Allgemeinen keinem Zweifel.

vergl. l. 1. §. 21. l. 34 D. de acquir. v. am. poss. (41. 2.) p. 20.

Nun können freilich, wenn die übergebene Sache in einem Raum liegen bleibt, über welchen der Veräußerer zu disponiren hat, die Umstände von der Art sein, daß der eben übertragene Besitz dem Erwerber durch erneuerte Herrschaft des Veräußerers über die Sache alsbald wieder entzogen würde; das würde jedoch das einmal vom Erwerber erlangte Eigenthum nicht wieder aufheben. Die Umstände können auch so sein, daß sie einen Rückschluß gegen die Realität der Tradition begründen, daß sie den Act, welcher den äußeren Schein einer Uebergabe an sich trug, als einen ohne ernstlichen animus tradendi vorgenommenen darstellen. Allein das Eine wie das Andere würde immer voraussetzen, daß der Zustand nach dem

Digitized by Google

Traditionsact ein solcher sei, wonach die Disposition des Er-
p. 21. werbers über die Sache ausgeschlossen und der Veräußerer die Sache wieder für sich zu besitzen Willens wäre. Die Hauptsache des Zurückbleibens der Sache im Gewahrsam des Veräußerers und selbst unter dem Verschluß desselben, kann für sich allein eine solche Annahme in keiner Weise begründen. War das Verhältniß so, daß dem Erwerber jederzeit der freie Zutritt offen stand, oder daß der Veräußerer nur die Absicht hatte, die Sache für den Erwerber aufzubewahren, sie in dessen Namen ferner nur zu haben, so kann ebensowenig an der Ernstlichkeit der Tradition als an der Fortdauer des einmal an den Erwerber übertragenen Besitzes gezweifelt werden. Die bloße Möglichkeit, daß der Veräußerer dem Erwerber jeden Augenblick die beliebige Verfügung durch eine Widerrechtlichkeit wieder entziehen könnte, ändert hieran nichts; es würde sonst überhaupt keine
p. 22. Detention in fremdem Namen geben können, da in allen Fällen einer solchen die gleiche Möglichkeit eintritt.

Im vorliegenden Fall kann aber weder gegen die Ernstlichkeit des animus tradendi, noch selbst gegen die ungestörte Fortdauer des von den Liquidanten einmal erlangten Besitzes ein gegründeter Zweifel erhoben werden. Aus dem Briefe Woeltge's vom 5. August 1859

[15] der Debitacten pto morat.

geht hervor, daß die Liquidanten schon vorher, während des „freien Lagers“ nicht verhindert gewesen wären, den Reis abholen zu lassen; Woeltge verlangte sogar (obwohl die Accepte noch nicht bezahlt waren) die Abholung am folgenden Tage, wenn die Liquidanten nicht vorzögen, den Reis noch ferner gegen eine bestimmte Lagermiethe liegen zu lassen. Die Liquidanten zogen das Letztere vor, der Reis blieb also von nun an
p. 23. miethweise an seinem bisherigen Platze liegen. Nach empfangener Zahlung aber betrachtete Woeltge, wie die Beklagten ausdrücklich eingeräumt haben, die Liquidanten bereits unbedingt als Eigenthümer, gestattete ihnen jederzeit Zutritt, und sie trafen auf diese Weise wiederholt und bis kurz vor der Insolvenzerklärung Woeltge's diejenigen Verfügungen über die

Digitized by Google

Waare, in Folge deren mehrere Theile derselben successiv wirklich abgeholt wurden. Unter diesen Umständen stellt sich das Verbleiben des Reises im Woeltge'schen Packraum seit der durch eben jene Verfügungen bewirkten Tradition unzweideutig als eine directe oder durch Woeltge als Stellvertreter vermittelte Fortsetzung des von den Liquidanten ergriffenen Besitzes dar.

II. Muß hienach auf Grund des gemeinen Rechts ein als Tradition aufzufassender reeller Besitzerwerb der Liquidanten und folgeweise Uebergang des Eigenthums auf sie angenommen p. 24.
werden, so steht dem auch die Verordnung vom 25. Aug. 1848 in keiner Weise entgegen. Die Verordnung erklärt alle Vereinbarungen, wodurch das Eigenthum an beweglichen Sachen ohne Tradition (d. h. ohne reelle Tradition) übertragen werden soll, insbesondere das constitutum possessorium in Beziehung auf diesen Zweck für wirkungslos. Ist aber eine körperliche Tradition vor sich gegangen, und die Betheiligten sind daneben (früher oder später) übereingekommen, daß die Sache bis auf Weiteres zu beliebiger Verfügung des Erwerbers noch im Gewahrsam des Veräußerers bleiben, oder von diesem im Namen des Erwerbers detinirt werden solle, so bleibt für den Uebergang des Eigenthums der Traditionsact das allein p. 25.
Entscheidende, und es wäre nicht abzusehen, wie demselben durch jene Nebenverabredung etwas von seiner Wirksamkeit entzogen sein sollte. Die Verordnung hat sowohl bei der eben erwähnten Beseitigung des Eigenthumsübergangs durch bloße Vereinbarung als bei ihrer andern Hauptbestimmnng im §. 1 unverkennbar den Zweck gehabt, den Täuschungen zu begegnen, welche vorkommen können, wenn bewegliche Sachen, die der äußeren Erscheinung nach zum Vermögen ihres Inhabers gehören, in Folge bloßer Vertragsbestimmungen im Eigenthum anderer Personen stehen, demjenigen also, welcher mit dem Besitzer von Mobilien in Verkehr tritt, im Vergleich mit dem gemeinen Recht einen größeren Schutz gegen unbekannte und nicht zu vermuthende Eigenthumsansprüche Dritter zu gewähren. p. 26.
Die Gewährung dieses Schutzes läßt verschiedene Gradationen zu, und es konnte bei Erlaß der Verordnung nicht unerwogen

Digitized by Google

bleiben, wie weit man darin zu gehen habe, ob man sich darauf beschränken wolle, bloßen Vereinbarungen die Wirkung einer Uebertragung resp. Reservirung des Eigenthums zu versagen, oder auch an den gemeinrechtlichen Erfordernissen der reellen Tradition etwas zu ändern, namentlich etwa eine Tradition nicht eher als vollendet anzusehen, als bis der Erwerber die Sache aus dem Gewahrsam des Veräußerers habe wegbringen, oder sonst durch eine besonders in die Augen fallende Handlung (z. B. Beiordnung einer Wache) jeder Einwirkung desselben habe entziehen lassen. Daß man sich gegen diese letztere Steigerung des Schutzes von unbe-
p. 27. kannten Eigenthumsansprüchen und überhaupt gegen jede Aenderung der gemeinrechtlichen Theorie von der reellen Tradition entschieden hat, kann nicht wohl einem Zweifel unterliegen. Das Ober-Appellationsgericht hatte in seinem gutachtlichen Bericht vom 12. Juni 1847, in Folge dessen der ursprüngliche Entwurf der Verordnung eine wesentliche Umgestaltung erfahren und insbesondere die Vorschrift des jetzigen §. 2 erst Aufnahme gefunden hat, sich dafür ausgesprochen, den Uebergang des Eigenthums schlechthin (auf beiden Seiten) an den reellen Uebergang „in die Gewahrsam des Erwerbers oder seiner Stellvertreter" zu knüpfen und hatte beantragt: statt „Uebergabe", worunter die Tradition im gemeinrechtlichen Umfange zu verstehen sein würde, vielmehr zu setzen:

p. 28. „deren wirkliche Uebergabe, wodurch dieselben in die Gewahrsam des Erwerbers kommen."

Wenngleich nun dahin gestellt bleiben mag, ob hier dem Ausdruck „Gewahrsam" eine engere Bedeutung, als die jeder reellen Besitzergreifung hat beigelegt werden sollen, so konnte die vorgeschlagene Fassung doch sehr leicht dahin verstanden werden, als solle eine reelle Tradition nicht in allen gemeinrechtlich dahin gehörigen Fällen den Eigenthumsübergang bewirken, namentlich dann nicht dazu genügen, wenn der vom Erwerber ergriffene Besitz durch den Veräußerer als Stellvertreter fortgesetzt werde. Indem man daher die empfohlene Fassung nicht aufnahm, vielmehr den einfachen Ausdruck

Digitized by Google

„Uebergabe“ mit dem erläuternden Beisatz „Tradition“ beibehielt, gab man genügend zu erkennen, daß der gemeinrechtliche p. 29.
Begriff der Tradition, abgesehen von einer durch bloße Uebereinkunft vermittelten Uebertragung, unverändert vorausgesetzt werde, wie denn auch der Deputationsbericht vom 1. März 1848, womit die jetzige Redaction der Verordnung im Entwurf vorgelegt und motivirt wurde, ausdrücklich ausspricht, daß „im Uebrigen an den Grundsätzen der gemeinrechtlichen Tradition nichts geändert worden sei.“

Ebensowenig steht §. 7 der Verordnung den Liquidanten entgegen. Nach der Verordnung soll wirkliche Tradition das allein Entscheidende für den Eigenthumsübergang sein; ist nun in einem Falle wirklich tradirt worden, so gehört die Art und Weise, wie der übertragene Besitz ferner ausgeübt wird, nicht in den Kreis der vom Gesetz geregelten Verhältnisse und p. 30.
Vereinbarungen, welche nur diese fortgesetzte Ausübung des Besitzes betreffen, können folgeweise auch nicht als solche betrachtet werden, wodurch die Vorschriften des Gesetzes unwirksam gemacht werden sollen. Besondere Umstände aber, wonach man etwa den hier vorliegenden Traditionsact nur als einen scheinbaren, und das ganze Verhältniß der Betheiligten von Anfang an lediglich als ein constitutum possessorium aufzufassen hätte, sind von den Beklagten nirgends angeführt worden, und das offenkundige Verfahren, vermöge dessen die Liquidanten wiederholt über die Waare verfügten, spricht unverkennbar dagegen.

B. Was schließlich die Nebenpuncte betrifft, so haben die Liquidanten

1) in grav. 2 jetziger Instanz zugleich auf Verur- p. 31.
theilung in Früchte und Zinsen angetragen. Dem würde nun zwar der Umstand, daß dieser Punct in der Beschwerde voriger Instanz mit Stillschweigen übergangen ist, (während in der Schlußbitte der Replik „Zinsen des Erlöses“ erwähnt sind), formell nicht entgegenstehen. Da aber Naturalfrüchte nach Beschaffenheit des Objects nicht denkbar sind, und die Acten nicht ergeben, ob die Vereinbarung der Parteien wegen eines

Digitized by Google

Verkaufs der streitigen Partie Reis bereits zur Ausführung gekommen ist, so erschien es nicht nöthig, im Urtheil der Früchte oder Zinsen zu erwähnen, ohne daß damit dem etwaigen Anspruch auf Zinsen, wenn der Verkauf der Waare inzwischen erfolgt sein sollte, präjudicirt würde.

2) Ueber die Kosten erster Instanz ist in den beiden vori-
p. 32. gen Urtheilen nicht erkannt worden; als Folge der nunmehrigen Entscheidung in der Hauptsache war aber eine Verurtheilung der Beklagten in die Proceßkosten gerechtfertigt, während die Kosten zweiter und dritter Instanz der reformatoria wegen compensirt werden mußten.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Weber & Weinschenck zu Bremen, Liquidanten, jetzt Appellanten, wider Dr. L. C. A. Heineken als tutor honorarius, sowie Johann Friedrich Ludwig Alberti und Martin Adalbert Heinrich Winter als Vormünder von Carl Georg Philipp Woeltge Beneficial-Erben daselbst, Liquidaten, jetzt Appellaten, Vindicationsansprüche betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 3. December 1860 wieder aufzuheben, und die Liquidanten in einem von der Obergerichtscommission anzuberaumenden Termine, vorbehältlich des Gegenbeweises, zu erweisen schuldig seien:

daß die gekauften 100 Säcke Reis, wovon die jetzt vindicirten 60 Säcke den Rest ausmachen, ihnen von Gudewill & Upmann tradirt worden seien.

Die Kosten der ersten Instanz bleiben noch ausgesetzt, während die der zweiten und dritten Instanz compensirt werden. Uebrigens wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. October 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

p. 2. A. Die vorliegende Sache, in welcher die Liquidanten mittelst ihrer gegenwärtig wiederholten Beschwerde voriger Instanz auf Verurtheilung der Beklagten zur Herausgabe der vindicirten 60 Säcke Reis angetragen haben, steht mit dem von Gudewill & Upmann gegen dieselben Beklagten wegen einer andern, ursprünglich zu derselben Waaren-Partie gehörigen Quantität Reis erhobenen Ansprüche in engem Zusammenhange, indem ein Obsieg der Liquidanten zunächst voraussetzt, daß Gudewill & Upmann zur Zeit, wo die Liquidanten die gekauften 100 Säcke Reis von den Letzteren tradirt erhalten haben wollen, Eigenthümer der Waare gewesen seien. Bei der Verbindung beider Liquidationssachen in demselben Proceßverfahren, und da die jetzigen Parteien ausdrücklich auf die
p. 3. Verhandlungen in Sachen Gudewill & Upmann Bezug genommen haben, ohne dem Stoff derselben etwas Neues hinzuzufügen, konnte die Entscheidung jener präjudiciellen Streitfrage hier keine andere sein, als die dort unter dem heutigen Tage abgegebene. Daß nämlich das Eigenthum an der gesammten Waarenpartie, wovon die hier fraglichen 60 Säcke Reis einen Theil bildeten, von Woeltge auf Gudewill & Upmann übergegangen war, mußte aus folgenden Gründen für constatirt erachtet werden.

I. Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien ist soviel gewiß, daß die fragliche Partie Reis, 300 Säcke groß, von Gudewill & Upmann im Mai 1859 gekauft, und bis zum 10. September vollständig bezahlt wurde, daß sie aber, soweit nicht einzelne weiter verkaufte Theile derselben
p. 4. abgeholt worden sind, in dem von Woeltge miethweise benutzten Packraum, Anfangs frei, seit Mitte August 1859 aber

Digitized by Google

gegen Vergütung einer Lagermiethe an Woeltge, lagern blieb, und die Schlüssel zu diesem Packraum nach wie vor am Woeltge'schen Comptoir hingen. Daß Gudewill & Upmann nicht etwa schon durch die im August abgeschlossene Uebereinkunft über das fernere miethweise Lagern der Waare das Eigenthum derselben erwerben konnten, ist außer Zweifel, da nach §. 2—4 der Verordnung Nr. 31 vom 25. Aug. 1848 der Uebergang des Eigenthums an beweglichen Sachen durch bloße Verabredungen der Betheiligten, insbesondere durch ein constitutum possessorium, nicht herbeigeführt werden soll. Gudewill & Upmann leiten aber auch ihren Eigenthumserwerb nicht aus dieser Uebereinkunft her, sondern behaupten, daß eine körperliche Besitzübertragung an sie stattgefunden habe. p. 5. Sie machen zu diesem Zweck zunächst geltend, daß ihnen die 300 Säcke Reis gleich Anfangs im Wöltge'schen Packhause durch kaufmännischen Empfang überliefert worden seien. Ob die thatsächlichen Angaben von Gudewill & Upmann hierüber, soweit sie bereits in erster Instanz aufgestellt worden sind, zur Substantiirung jener Behauptung genügen, und ob es im Bejahungsfall nicht erst noch eines Beweises derselben bedürfen würde, kann jedoch dahin gestellt bleiben. Gudewill & Upmann haben sich nämlich weiter darauf berufen, daß nöthigenfalls auch in der ihnen in der Zeit von Mai bis November 1859 von Wöltge gestatteten, und von ihnen vielfach benutzten freien Verfügung über die Waare eine Tradition zu finden sei; und darin mußte ihnen p. 6. beigepflichtet werden.

1) In ihrer ersten Eingabe

[14] der Debitacten pto morat.

machten sie neben Hervorhebung des durch den Woeltge'schen Brief vom 5. August 1859 bescheinigten Miethverhältnisses geltend: sie hätten von dem fraglichen Reis am 24. October 100 Säcke weiter an Weber & Weinschenck verkauft, und im Woeltge'schen Packhause überliefert, wovon 40 Säcke auch abgeholt worden seien; ihnen sowie Weber & Weinschenck sei in der Art freie Verfügung eingeräumt worden,

Digitized by Google

daß Woeltge gar kein Recht und keine Gewalt mehr über die Waare gehabt habe, sondern nur als Vermiether eines Lagerraumes in Betracht gekommen sei. In der Replik geben sie sodann noch specieller Folgendes an: sie hätten durch die
p. 7. miethweise Lagerung des Reises ein Verhältniß herbeigeführt, vermöge dessen sie nicht nur im Stande gewesen seien, jeden Augenblick nach Belieben darüber zu verfügen, sondern den ihnen eingeräumten Besitz auch fortwährend wirklich ausgeübt hätten, indem sie, so oft es nöthig gewesen, ihre Küper auf den Woeltge'schen Boden geschickt und mit dem daselbst abgesondert lagernden Reis wie mit freiem Eigenthum geschaltet hätten, denselben durch Kaufliebhaber hätten besehen, Proben ziehen, den Reis vom Platze entfernen und wieder hinlegen lassen u. s. w., ohne deshalb einer Anfrage oder Zustimmung von Woeltge zu bedürfen, insbesondere hätten sie außer dem schon erwähnten Absatz an Weber & Weinschenck, am 14. September 10 Säcke, am 29. October 50 Säcke und am
p. 8. 3. November 25 Säcke weiter verkauft und abgeliefert, der Rest sei fortwährend ausgeboten und von vielen Reflectanten besehen worden, und dieses offenkundig betriebene Verfahren sei der ganzen Börse bekannt gewesen. Der Schlüssel zum Packhause habe allerdings regelmäßig am Woeltge'schen Comptoir gehangen, dadurch sei aber der Eintritt und die freie Verfügung nicht im Geringsten behindert gewesen.

Beruhen diese Angaben auf Wahrheit, so ist eine wirkliche Uebergabe (Tradition) der fraglichen Waare, und damit der Eigenthums-Uebergang auf Gudewill & Upmann unbedenklich anzunehmen. Wenn ein Verkäufer, anstatt das Vertragsobject durch einen gemeinschaftlichen Act zu überliefern, dem Käufer gestattet, seinerseits den Besitz der Sache zu er-
p. 9. greifen, und dieser von der Erlaubniß mittelst eines entweder von ihm selbst oder durch dazu bestellte Dritte (z. B. mercenarii) vollzogenen Apprehensionsactes Gebrauch gemacht hat, so steht dieser Besitzerwerb in jeder Beziehung einer eigentlichen Tradition gleich, er ist nur eine erweiterte Form der Tradition,

l. 47. D. de rei vind. (6. 1.)

Digitized by Google

l. 16. pr. D. praesser. verb. (19. 5.)
l. 6. D. de donat. (39. 5.)
l. 48. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.)
und dazu Savigny Beſitz ed. 6. S. 372.

und es macht dabei keinen Unterſchied, ob die Erlaubniß ausdrücklich ertheilt wurde, oder der Käufer ſich nur unter Vorwiſſen und Dulden des Verkäufers in Beſitz ſetzte;

l. 2. C. de acquir. v. am. poss. (7. 32.)

wiewohl ſelbſtverſtändlich die Erlaubniß nicht ſchon in dem vorausgegangenen Contract, wenn er deßhalb keine beſondere p. 10.
Nebenberedung enthält, gefunden werden darf.

Kierulff Civilr. S. 382. Note *.

Im vorliegenden Falle iſt nun der gegebenen Schilderung zufolge die Vornahme entſchiedener Beſitzhandlungen von Seiten Gudewill & Upmann ebenſo klar, als die mindeſtens ſtillſchweigende Erlaubniß Woeltge's, indem die Leute von Gudewill & Upmann ſich den Zutritt zu der Waare regelmäßig durch Abholung des Schlüſſels an ſeinem Comptoir zu verſchaffen hatten. Daß auf dieſe Weiſe diejenigen Theile der Waarenpartie, welche von verſchiedenen Abnehmern von Gudewill & Upmann gekauft und abgeholt wurden, in den Beſitz und das Eigenthum von Gudewill & Upmann und folgeweiſe ihrer Abnehmer übergingen, das beſtreiten die Beklagten ſelbſt nicht. Der Zweifel kann nur der ſein, ob ſich die Beſitzergreifung nicht eben auf dieſe abgeholten Theile be- p. 11.
ſchränkt habe. Dies würde allerdings anzunehmen ſein, wenn Gudewill & Upmann nicht weiter über die Waare hätten verfügen dürfen, als ihnen in jedem einzelnen Falle von Woeltge beſonders geſtattet worden wäre; wenn alſo auch die Abholung jedes verkauften Theiles der Waare nur auf Grund einer ſpeciellen Anweiſung Woeltge's hätte geſchehen können, dann würde die Abholung immer eine partielle Tradition herbeigeführt haben. Hatten Gudewill & Upmann dagegen die allgemeine Erlaubniß, jederzeit auf das Packhaus zu gehen, und daſelbſt mit den 300 Säcken Reis, welche nicht bloß als Geſammtpartie gekauft, ſondern auch durch den ge-

Digitized by Google

meinschaftlichen Act des kaufmännischen Empfangs specialisirt
p. 12. waren und als certa corpora in einer zusammengehörigen Masse (als ein acervus) lagerten, nach ihrem Belieben zu schalten, so mußte jede Verfügung, die sie darüber selbst oder durch ihre Leute trafen, sobald nicht besondere Gründe auf einen enger begrenzten animus schließen ließen, sich von selbst als eine auf das volle Vertragsobject, also auf das ganze Quantum gerichtete Besitzhandlung darstellen. Insbesondere gilt dies auch von dem durch sie angeordneten oder vermittelten Ergreifen und Wegschaffen der einzelnen weiter verkauften Theile, wenn das Ausscheiden dieser Theile aus der Gesammtpartie von ihnen nach freier Wahl ausging, und nicht von specieller Anweisung Woeltge's abhängig war. Denn indem sie, (resp. ihre Küper) das Probiren und Aussuchen der
p. 13. abzuliefernden Theile vornahmen, indem von ihnen bestimmt wurde, welche Reis-Säcke aus dem Ganzen für sie lagernden Haufen weggeschafft werden, und welche derselben auf dem Packraum liegen bleiben sollten, oder indem sie alle diese Handlungen ihren Abnehmern überließen, verfügten sie thatsächlich über alle, auch die zurückbleibenden Theile der Gesammtheit, — wie es in dem analogen Falle der l. 1. §. 21. D. de acquir. v. am. poss. heißt: schon oculis et affectu — und übten somit eine unmittelbare Herrschaft über die ganze Waarenpartie aus, eine Herrschaft, welche sich von derjenigen, die durch eine sonstige Obhut (custodia) an der Sache bethätigt wird, rechtlich nicht unterscheidet. Auch hier ist daher der (grade auf Sachen-Mehrheiten sich beziehende) Ausspruch der

l. 51. D. de acqu. v. am. poss.

p. 14. anwendbar, wonach, wenn der Verkäufer den Willen der Uebergabe bekundet hat, schon eine über die Sache verfügte Obhut, sie mag vom Käufer selbst, oder einem Stellvertreter desselben geübt werden, eine reelle Tradition bewirkt. Nun behaupten aber Gudewill & Upmann ausdrücklich, der Zutritt zu den Waaren und die freie Verfügung darüber sei für sie eine völlig ungehinderte gewesen, sie hätten ihre Küper nach ihrem Bedürfniß hingeschickt und durch sie mit der Waare beliebig

Digitized by Google

geschaltet, davon Proben ziehen, sie vom Platze entfernen und wieder hinlegen lassen, von ihnen seien die einzelnen Partien an ihre Abnehmer überliefert worden, und zu dem Allen habe es keiner Anfrage bei Woeltge oder Zustimmung desselben bedurft. Es ist also eine Reihe von Handlungen behauptet, p. 15.
wodurch Gudewill & Upmann mit Wissen und Willen Woeltge's wirklichen Besitz an der gekauften Waarenpartie ausübten und womit folgeweise eine reelle Tradition an sie zum Vollzuge kam.

2) Es konnte sich hienach nur fragen, ob das, was die Beklagten von den behaupteten Thatsachen eingeräumt haben, genüge, um den erhobenen Anspruch liquid zu machen. Nun haben sie in ihren verschiedenen Proceßschriften Folgendes zugestanden. In der Vernehmlassung erster Instanz:

> daß Woeltge — Gudewill & Upmann unbedingt als Eigenthümer angesehen und allerdings die Waare zu ihrer Disposition unter seiner Obhut gehalten habe;

in der Duplik (p. 7.)

> daß die p. 9. der Replik angeführten Partien (nämlich, wie oben erwähnt, die 10, 50 und 25 Säcke Reis, welche an Ungenannte und 40 von den 100 Sä- p. 16.
> cken, welche an Weber & Weinschenck abgesetzt wurden) von Gudewill & Upmann verkauft und abgeliefert seien:

in der Vernehmlassung jetziger Instanz (p. 5 und 14)

> daß Woeltge die Küper von Gudewill & Upmann jederzeit auf den Boden habe gehen und mit den Waaren verkehren lassen; sowie, daß Woeltge den Schlüssel zum Packhause zwar nicht zum Zeichen der Uebergabe des gemietheten Locals, aber zur Vornahme einzelner Handlungen ausgeliefert und dann regelmäßig zurückerhalten habe.

Obwohl die Beklagten sich über einzelne von Gudewill & Upmann behauptete Thatsachen weder bejahend noch verneinend erklärt haben, so mußten doch die gemachten Zugeständnisse für ausreichend gehalten werden, um eine reelle Besitz- p. 17.

Digitized by Google

ergreifung von Gudewill & Upmann zu constatiren. Es fehlt an einer ausdrücklichen Erklärung darüber, daß Gudewill & Upmann von dem für sie lagernden Reis hätten Proben ziehen und denselben umlegen lassen. Allein dieser weiteren Besitzhandlungen bedarf es auch nicht, wenn die mit wirklicher Ablieferung verbundene successive Veräußerung bedeutender Theile der Waare sich als eine von Woeltge gestattete wiederholte Disposition über die ganze Waarenpartie darstellt. Dies aber ist nicht zu bezweifeln. Zwar haben die Beklagten auch die Behauptung nicht speciell beantwortet, daß Gudewill & Upmann ihre einzelnen Verfügungen ohne jedesmalige Befragung oder Zustimmung Woeltge's getroffen hätten. Allein da Woeltge schon in seinem Briefe vom 5. August 1859 Gudewill & Upmann freigestellt hatte,
p. 18. die ganze Waarenpartie sofort abholen, oder gegen Lagermiethe noch liegen zu lassen, da er nach bezahltem Kaufpreis, so lange das eingegangene Miethverhältniß bestand, — und gerade in diese Zeit fallen alle hier fraglichen Veräußerungen — abgesehen von besonderen ein Retentionsrecht begründenden Umständen, gar kein Interesse haben konnte, seinerseits einen bestimmenden Einfluß darauf zu üben, in welchen Abtheilungen und Zeiträumen der Reis weggebracht werden sollte, vielmehr rechtlich verpflichtet war, dies ganz der freien Verfügung von Gudewill & Upmann zu überlassen, so hat es schon deßhalb alle Vermuthung für sich, daß Gudewill & Upmann völlig ungehinderten Zutritt zu der Waare gehabt haben und in der Auswahl und Ablieferung der weiter verkauften einzelnen Partien von einer Mitwirkung Woeltge's
p. 19. in keiner Weise abhängig gewesen sein werden. Nun haben die Beklagten sich nicht nur nirgend darauf berufen, daß Woeltge jener Umstände ungeachtet ein Retentionsrecht auszuüben Veranlassung gehabt hätte oder jede einzelne Ablieferung nur auf seine specielle Anweisung vor sich gegangen wäre, sondern im Allgemeinen eingeräumt, daß Woeltge — Gudewill & Upmann unbedingt als Eigenthümer angesehen, daß er die Waare zu ihrer Disposition gehalten habe, daß

Digitized by Google

er die Küper von Gudewill & Upmann jederzeit auf den Boden habe gehen und mit den Waaren verkehren lassen. Wenn sie deshalb weiter ausdrücklich zugestehen, daß Gudewill & Upmann die successiv weiter verkauften Partien Reis ihren Abnehmern abgeliefert hätten, so kann dies in keinem anderen Sinne aufgefaßt werden, als dahin, daß Gudewill & Upmann es gewesen seien, welche die weiter verkauften p. 20. Partien nach völlig freier Selbstbestimmung ausscheiden und abgeben ließen. Dies wird denn auch noch dadurch bestätigt, daß die Beklagten in der Vernehmlassung jetziger Instanz (p. 19.) selbst erklären: „die folgenden Dispositionshandlungen (womit eben die successiven Veräußerungen einzelner Waarenpartien gemeint sind) seien einseitige Verfügungen von Gudewill & Upmann gewesen.“ Verfügten aber Gudewill & Upmann nach einseitiger Willkühr über alle Theile der fraglichen Waarenpartie, so übten sie eben damit, wie oben gezeigt, Besitz über das Ganze aus, und da dies mit Wissen und Gestattung Woeltge's geschah, (was die Beklagten an der eben angeführten Stelle der Vernehmlassung unbeachtet gelassen haben), so ist damit die Bedeutung des Vorganges als einer Tradition außer Zweifel gesetzt.

3) An diesem Resultat wird auch durch den Umstand, p. 21. daß die fragliche Partie Reis zur Zeit, wo Gudewill & Upmann die obigen Besitzhandlungen daran vornahmen, sich auf dem Woeltge'schen Packraum befand und noch ferner da lagern blieb, nichts geändert. Daß es für die Wirksamkeit des Besitzerwerbes an beweglichen Sachen nicht nothwendig auf den Ort ankommt, wo der Besitz ergriffen oder ferner ausgeübt wird, daß dies ebensogut ein Raum sein kann, über welchen der Veräußerer, als ein solcher, worüber der Erwerber oder ein Dritter zu verfügen hat, unterliegt im Allgemeinen keinem Zweifel.

vergl. l. 1. §. 21. l. 44. D. de acquir. v. am. poss. (41, 2.)

Nun können freilich, wenn die übergebene Sache in einem Raume liegen bleibt, über welchen der Veräußerer zu disponiren

Digitized by Google

hat, die Umstände von der Art sein, daß der eben übertragene
p. 22. Besitz dem Erwerber durch erneuerte Herrschaft des Veräußerers über die Sache alsbald wieder entzogen würde; das würde jedoch das einmal vom Erwerber erlangte Eigenthum nicht wieder aufheben. Die Umstände können auch so sein, daß sie einen Rückschluß gegen die Realität der Tradition begründen, daß sie den Act, welcher den äußern Schein einer Uebergabe an sich trug, als einen ohne ernstlichen animus tradendi vorgenommenen darstellen. Allein das Eine wie das Andere würde immer voraussetzen, daß der Zustand nach dem Traditionsact ein solcher sei, wonach die Disposition des Erwerbers über die Sache ausgeschlossen und der Veräußerer die Sache wieder für sich zu besitzen Willens wäre. Die Thatsache des Zurückbleibens der Sache im Gewahrsam des Veräußerers und selbst unter dem Verschluß desselben, kann für sich allein eine solche Annahme in keiner Weise begründen. War das Ver-
p. 23. hältniß so, daß dem Erwerber jederzeit der freie Zutritt offen stand, um beliebig über die Sache zu verfügen, oder daß der Veräußerer nur die Absicht hatte, die Sache für den Erwerber aufzubewahren, sie in dessen Namen ferner inne zu haben, so kann ebensowenig an der Ernstlichkeit der Tradition, als an der Fortdauer des einmal an den Erwerber übertragenen Besitzes gezweifelt werden. Die bloße Möglichkeit, daß der Veräußerer dem Erwerber jeden Augenblick die beliebige Verfügung durch eine Widerrechtlichkeit wieder entziehen könnte, ändert hieran nichts, es würde sonst überhaupt keine Detention in fremdem Namen geben können, da in allen Fällen einer solchen die gleiche Möglichkeit eintritt.

Im vorliegenden Fall kann aber weder gegen die Ernstlichkeit des animus tradendi, noch selbst gegen die ungestörte
p. 24. Fortdauer des von Gudewill & Upmann einmal erlangten Besitzes ein gegründeter Zweifel erhoben werden. Aus dem Briefe Woeltge's vom 5. August 1859

[15] der Debitacten pto. morat.

geht hervor, daß Gudewill & Upmann schon vorher während „des freien Lagers“ nicht verhindert gewesen wären, den

Digitized by Google

Reis abholen zu lassen; Woeltge verlangte sogar (obwohl die Accepte noch nicht bezahlt waren) die Abholung am folgenden Tage, wenn Gudewill & Upmann nicht vorzögen, den Reis noch ferner gegen eine bestimmte Lagermiethe liegen zu lassen. Gudewill & Upmann zogen das Letztere vor, der Reis blieb also von nun an miethweise an seinem bisherigen Platze liegen. Nach empfangener Zahlung aber betrachtete Woeltge, wie die Beklagten ausdrücklich eingeräumt haben, Gudewill & Upmann bereits unbedingt als Eigenthümer, gestattete ihnen jederzeit Zutritt und sie trafen auf diese Weise p. 25. wiederholt und bis kurz vor der Insolvenzerklärung Woeltge's diejenigen Verfügungen über die Waare, in Folge deren mehrere Theile derselben successiv wirkich abgeholt wurden. Unter diesen Umständen stellt sich das Verbleiben des Reises im Woeltge'schen Packraum, seit der durch eben jene Verfügungen bewirkten Tradition, unzweideutig als eine directe oder durch Woeltge als Stellvertreter vermittelte Fortsetzung des von Gudewill & Upmann ergriffenen Besitzes dar.

II. Muß hienach auf Grund des gemeinen Rechts ein als Tradition aufzufassender reeller Besitzerwerb von Gudewill & Upmann und folgeweise Uebergang des Eigenthums auf sie angenommen werden, so steht dem auch die Verordnung vom 25. August 1848 in keiner Weise entgegen. Die Verordnung erklärt alle Vereinbarungen, wodurch das Eigenthum p. 26. an beweglichen Sachen ohne Tradition (d. h. ohne reelle Tradition) übertragen werden soll, insbesondere das constitutum possessorium in Beziehung auf diesen Zweck für wirkungslos. Ist aber eine körperliche Tradition vor sich gegangen, und die Betheiligten sind daneben (früher oder später) überein gekommen, daß die Sache bis auf Weiteres zu beliebiger Verfügung des Erwerbers noch im Gewahrsam des Veräußerers bleiben oder von diesem im Namen des Erwerbers detinirt werden solle, so bleibt für den Uebergang des Eigenthums der Traditionsact das allein Entscheidende, und es wäre nicht abzusehen, wie demselben durch jene Nebenverabredung etwas von seiner Wirksamkeit entzogen sein sollte. Die Verordnung

Digitized by Google

hat sowohl bei der eben erwähnten Beseitigung des Eigenthumsübergangs durch bloße Vereinbarung als bei ihrer ande-
p. 27. ren Hauptbestimmung im §. 1 unverkennbar den Zweck gehabt, den Täuschungen zu begegnen, welche vorkommen können, wenn bewegliche Sachen, die der äußern Erscheinung nach zum Vermögen ihres Inhabers gehören, in Folge bloßer Vertragsbestimmungen im Eigenthum anderer Personen stehen, demjenigen also, welcher mit dem Besitzer von Mobilien in Verkehr tritt, im Vergleich mit dem gemeinen Recht einen größeren Schutz gegen unbekannte und nicht zu vermuthende Eigenthumsansprüche Dritter zu gewähren. Die Gewährung dieses Schutzes läßt verschiedene Gradationen zu, und es konnte bei Erlaß der Verordnung nicht unerwogen bleiben, wie weit man darin zu gehen habe, ob man sich darauf beschränken wolle, bloßen Vereinbarungen die Wirkung einer Uebertragung resp. Reservirung des Eigenthums zu versagen, oder auch an den gemeinrechtlichen Erfordernissen der reellen Tradition etwas zu
p. 28. ändern, namentlich etwa eine Tradition nicht eher als vollendet anzusehen, als bis der Erwerber die Sache aus dem Gewahrsam des Veräußerers habe wegbringen oder sonst durch eine besonders in die Augen fallende Handlung (z. B. Beiordnung einer Wache) jeder Einwirkung desselben habe entziehen lassen. Daß man sich gegen diese letztere Steigerung des Schutzes von unbekannten Eigenthumsansprüchen, und überhaupt gegen jede Aenderung der gemeinrechtlichen Theorie von der reellen Tradition entschieden hat, kann nicht wohl einem Zweifel unterliegen. Das Ober-Appellations-Gericht hatte in seinem gutachtlichen Bericht vom 12. Juni 1847, in Folge dessen der ursprüngliche Entwurf der Verordnung eine wesentliche Umgestaltung erfahren, und insbesondere die Vorschrift des jetzigen §. 2 erst Aufnahme gefunden hat, sich dafür ausgesprochen, den Uebergang des Eigenthums schlechthin (auf beiden Seiten) an den reellen
p. 29. Uebergang „in die Gewahrsam des Erwerbers oder seiner Stellvertreter“ zu knüpfen und hatte beantragt, statt „Uebergabe,“ worunter die Tradition im gemeinrechtlichen Umfange zu verstehen sein würde, vielmehr zu setzen:

Digitized by Google

„deren wirkliche Uebergabe, wodurch dieselben in die „Gewahrsam des Erwerbers kommen.“

Wenngleich nun dahin gestellt bleiben mag, ob hier dem Ausdruck „Gewahrsam“ eine engere Bedeutung, als die jeder reellen Besitzergreifung hat beigelegt werden sollen, so konnte die vorgeschlagene Fassung doch sehr leicht dahin verstanden werden, als solle eine reelle Tradition nicht in allen gemeinrechtlich dahin gehörigen Fällen den Eigenthumsübergang bewirken, namentlich dann nicht dazu genügen, wenn der vom Erwerber ergriffene Besitz durch den Veräußerer als Stellvertreter fortgesetzt werde. Indem man daher die empfohlene p. 30.
Fassung nicht aufnahm, vielmehr den einfachen Ausdruck „Uebergabe“ mit dem erläuternden Beisatz „Tradition“ beibehielt, gab man genügend zu erkennen, daß der gemeinrechtliche Begriff der Tradition, abgesehen von einer durch bloße Uebereinkunft vermittelten Uebertragung, unverändert vorausgesetzt werde, wie denn auch der Deputationsbericht vom 1. März 1848, womit die jetzige Redaction der Verordnung im Entwurf vorgelegt und motivirt wurde, ausdrücklich ausspricht, daß „im Uebrigen an den Grundsätzen der gemeinrechtlichen Tradition nichts geändert worden sei.“

Ebenso wenig steht §. 7. der Verordnung dem Anspruch von Gudewill & Upmann entgegen. Nach der Verordnung soll wirkliche Tradition das allein Entscheidende für den Eigenthumsübergang sein; ist nun in einem Falle wirklich tradirt p. 31.
worden, so gehört die Art und Weise wie der übertragene Besitz ferner ausgeübt wird, nicht in den Kreis der vom Gesetz geregelten Verhältnisse; und Vereinbarungen, welche nur diese fortgesetzte Ausübung des Besitzes betreffen, können folgeweise auch nicht als solche betrachtet werden, wodurch die Vorschriften des Gesetzes unwirksam gemacht werden sollten. Besondere Umstände aber, wonach man etwa den hier vorliegenden Traditionsact nur als einen scheinbaren, und das ganze Verhältniß der Betheiligten von Anfang an lediglich als ein constitutum possessorium aufzufassen hätte, sind von den Be-

Digitized by Google

klagten nirgends angeführt worden, und das offenkundige Verfahren, vermöge deſſen Gudewill & Upmann wiederholt über die Waare verfügten, ſpricht unverkennbar dagegen.

p. 32. B. Iſt nach dem Bisherigen der Eigenthumsübergang von Woeltge auf Gudewill & Upmann bereits in rechtliche Gewißheit geſetzt, ſo bedurfte es in der vorliegenden Sache auch nicht noch einer beſonderen Beweisauflage über den Zeitpunct, wo Gudewill & Upmann Eigenthümer der Waare wurden, denn da feſt ſteht, daß die jetzigen Liquidanten erſt am 27. October 1859 die fraglichen 100 Säcke Reis kauften, Gudewill & Upmann aber ſchon im September, durch Veräußerung von 10 Säcken reell über ihre ganze Waarenpartie verfügten, ſo darf unbedenklich davon ausgegangen werden, daß ſie, wenn nicht früher, wenigſtens damals bereits Beſitz und damit Eigenthum der Waare erlangt hatten.

In vorliegender Sache ſteht daher nur noch der weitere Uebergang des Eigenthums von Gudewill & Upmann
p. 33. auf die Liquidanten in Frage. Die Liquidanten haben nun in der Replik erſter Inſtanz ausdrücklich behauptet: die gekauften 100 Säcke ſeien ihnen alsbald von Gudewill & Upmann auf dem Woeltge'ſchen Packraum tradirt, von ihnen ausgeſchieden, und mit ihren kaufmänniſchen Zeichen (W. W. 1 bis 24) verſehen worden. Die Erklärung der Beklagten in der Duplik muß wohl dahin aufgefaßt werden, daß nicht bloß die Tradition von Woeltge an Gudewill & Upmann, ſondern auch diejenige von dieſen an die Liquidanten hat geleugnet werden ſollen. Es kommt ſomit nur darauf an, ob der Beweis der zweiten Tradition nicht durch den von den Beklagten eingeräumten Umſtand entbehrlich werde, daß 40 Säcke Reis von den Liquidanten vor der Inſolvenzerklärung Woeltge's bereits abgeholt waren, wenn man damit in Verbindung bringt, daß Gudewill & Upmann
p. 34. in ihrer Proceßſache die Tradition der 100 Säcke an die jetzigen Liquidanten beſtätigt haben. Dies konnte jedoch nicht angenommen werden. Die übereinſtimmende Angabe von

Digitized by Google

Gudewill & Upmann war eine in ihrem Intereſſe aufgeſtellte Behauptung und kann daher den Beklagten nicht ohne Weiteres präjudiciren; die Thatſache der Abholung von 40 Säcken läßt aber für ſich allein noch nicht mit voller Sicherheit ſchließen, daß den Liquidanten von Gudewill & Upmann die reelle Verfügung über die ganze Partie von 100 Säcken eingeräumt geweſen ſei, und etwas Weiteres, welches die Ungewißheit hierüber heben könnte, iſt zur Zeit nicht conſtatirt. Der Obſieg der Liquidanten mußte daher von einer Beweisauflage über die behauptete Tradition an ſie abhängig gemacht werden.

Die Koſten erſter Inſtanz mußten bei dieſer Lage der p. 35.
Sache noch ausgeſetzt bleiben, während die der zweiten und dritten Inſtanz zu compenſiren waren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Oswald Stahl in Erfurt, Liquidantens, jetzt Appellantens, wider Dr. L. C. A. Heineken als tutor honorarius, sowie Johann Friedrich Ludwig Alberti und Martin Adalbert Heinrich Winter als Vormünder von Carl Georg Philipp Woeltge Beneficialerben in Bremen, Liquidaten, jetzt Appellaten, Vindications-Ansprüche betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 3. December 1860, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Liquidanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an die erste Instanz zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. October 1862.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Liquidant hat seine drei Beschwerden voriger Instanz wiederholt, von denen

I. die erste darauf geht, daß der erhobene Vindicationsanspruch für begründet und liquid zu erachten, eventuell auf Beweis der Tradition zu erkennen gewesen wäre. Dieser Beschwerde konnte jedoch nicht entsprochen werden. Der Liquidant hat sich zur Begründung seines Anspruchs lediglich darauf zu berufen vermocht, daß die verschiedenen von ihm gekauften und bezahlten Partieen Reis bei seinem Verkäufer Woeltge miethweise gelagert hätten, und Theile einer jeden Partie auf seine Ordre von Woeltge bereits versendet worden seien. Das miethweise Lagern begründete aber nur ein constitutum possessorium, und dieses konnte nach §. 3 und 4 der Verordnung Nr. 31 vom 25. August 1848 den Eigenthumsübergang nicht bewirken.

Zweifelhafter ist es allerdings, ob nicht durch die auf jedesmalige Ordre des Liquidanten erfolgte Versendung von Theilen der Waare aus jeder der gekauften Partien auch an den zurückgebliebenen Resten ein Besitz und Eigenthumsübergang herbeigeführt worden sei. Es kann dahin gestellt bleiben, ob schon ausreichende Gewißheit darüber vorliege, daß jede der gekauften Quantitäten Reis sich auf dem Woeltge'schen Packraum in solcher Weise für den Liquidanten ausgesondert befunden habe, um äußerlich erkennbar ein zusammengehöriges Ganzes auszumachen; die Acten ergeben erhebliche Momente für diese Annahme, und die völlige Aufklärung darüber würde nöthigenfalls durch ein Beweisverfahren herbeizuführen sein. Geht man nun von dieser Voraussetzung aus, so würde sich p. 3.

Digitized by Google

p. 4. 1) vom Standpunct des gemeinen Rechts aus, die Sache vielleicht so auffassen lassen, daß die vom Liquidanten ertheilten einzelnen Versendungsaufträge, deren Uebernahme Woeltge im Voraus zugesagt hatte, etwas dem Kaufgeschäft selbst nicht Angehöriges gewesen seien und sachlich ein davon ganz zu unterscheidendes Rechtsverhältniß begründet hätten, daß Woeltge demnach bei Vollziehung dieser Aufträge lediglich in der Eigenschaft eines Stellvertreters des Liquidanten in Betracht komme und als solcher jedem zum Empfang und zur Versendung beauftragten Dritten gleichstehe, folgeweise aber auch die von ihm in Vorbereitung und Ausführung der einzelnen Versendungen vorgenommenen Handlungen sich nicht als Ausfluß der bis dahin ihm verbliebenen Detention an der Waare, sondern
p. 5. als davon trennbare selbstständige Besitzergreifungshandlungen zu Gunsten des Liquidanten darstellten. Hatten seine Handlungen aber diesen Character, so würde, da das Wählen und Herausnehmen der einzelnen zur Versendung gebrachten Reissäcke unter der obigen Voraussetzung zugleich eine Verfügung über die ganze Waarenpartie, zu welcher die herausgenommenen Säcke gehörten, in sich schließt, gesagt werden müssen, daß der Liquidant durch Woeltge als Mittelsperson an jeder Waarenpartie im ganzen Umfange körperlichen Besitz ergriffen habe und bei dem nicht bestrittenen animus tradendi Woeltge's dadurch zum Eigenthümer derselben geworden sei. Gegen diese Auffassung läßt sich freilich wieder das Bedenken erheben, ob es bei der Uebereinkunft der Contrahenten ihre wahre Willensmeinung gewesen sei, den Verkäufer Woeltge zugleich zum Stellvertreter des Liquidanten für die Besitzergreifung
p. 6. an der Waare zu machen, ob die Vollziehung der vom Liquidanten dem ursprünglichen Vorbehalt gemäß getroffenen Dispositionen nicht vielmehr bloß als eine Handlung anzusehen sei, wodurch Woeltge seiner Traditionspflicht aus dem Kaufgeschäft habe genügen wollen, sowie ferner, ob die zum Zweck der Versendung vorgenommenen Verfügungen sich von der durch Woeltge ohnehin ausgeübten Detention als selbstständige und trennbare Besitzhandlungen zu Gunsten des Liquidan-

Digitized by Google

ten ausscheiden ließen. Es bedurfte jedoch keiner näheren Prüfung dieser Gründe und Gegengründe, da

2) nach der Bremischen Verordnung vom 25. August 1848 ein Besitz- und Eigenthumsübergang auf den Liquidanten unter den vorliegenden Umständen nicht angenommen werden kann. Die Verordnung erklärt in §. 3 alle Vereinbarungen, wodurch die Wirksamkeit der Bestimmung, daß das Eigenthum beweg- p. 7.
licher Sachen ohne deren (reelle) Tradition auf den Erwerber nicht übergehen solle, ausgeschlossen oder beschränkt werden würde, und zwar ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Eingehung, in Beziehung auf den Uebergang des Eigenthums für wirkungslos, und rechnet in §. 4 sub b. zu solchen Vereinbarungen namentlich auch die, daß der Erwerber den veräußerten Gegenstand für den Veräußerer „oder dieser denselben für den Erwerber besitzen soll." Bei dieser unbedingten Ausdrucksweise ist der Sinn der Verordnung unverkennbar der, daß keine, früher oder später getroffene Verabredung der Contrahenten, vermöge deren der bisher vom Veräußerer innegehabte Besitz in einen Namens des Erwerbers ausgeübten Besitz verwandelt werden würde, dazu dienen soll, den Uebergang des Eigenthums zu vermitteln. Die Vorschrift trifft also nicht bloß den gewöhnlicheren Fall des constitutum possessorium, p. 8.
wo der Veräußerer die gesammte Detention fernerhin im Namen des Erwerbers auszuüben beabsichtigt, sondern auch den andern Fall, wo der Veräußerer in Folge einer dahingehenden Uebereinkunft, durch eine einzelne Handlung den Erwerber von nun an zum juristischen Besitzer zu machen unternimmt. Es hat mithin jede Vereinigung der Eigenschaft eines Stellvertreters für die Besitzergreifung des Erwerbers mit der Eigenschaft des Tradenten in derselben Person in Bezug auf die Vermittelung des Besitz- und Eigenthumsüberganges für wirkungslos erklärt werden sollen.

Ist dies aber die Meinung des Gesetzes, so kann den sämmtlichen Versendungsaufträgen des Liquidanten und ihrer Vollziehung durch Woeltge die Wirkung einer Besitzergreifung für den Ersteren und folgeweise des Eigenthumsüberganges p. 9.

an ihn nicht beigelegt werden. Es fehlt somit auch, was den eventuellen Theil der Beschwerde betrifft, an jedem Stoff zu einer Beweisauflage.

II. Die zweite Beschwerde geht dahin, daß das in der Replik behauptete Gewohnheitsrecht nicht zum Beweise verstellt worden sei. In der Replik ist aber von einem die Auffassung und Anwendung der erwähnten Verordnung betreffenden Gewohnheitsrecht nur in so unbestimmter Weise die Rede, namentlich ist so wenig klar gemacht, in welchem Verhältniß der gewohnheitsrechtliche Satz mit der ausdrücklichen Vorschrift in §. 3 und 4 der Verordnung stehen solle, daß die aufgestellte Behauptung schon deßhalb nicht geeignet ist, den Gegenstand einer Beweisauflage zu bilden. Wollte man das Vorbringen
p. 10. aber auch aus den Proceßschriften von Gudewill & Upmann im gegenwärtigen Beneficial-Nachlaß-Verfahren, worauf der Liquidant im Allgemeinen Bezug genommen hat, ergänzen, so würde doch die Beschwerde ebenfalls der Begründung entbehren; in welcher Beziehung im Allgemeinen auf die Entscheidungsgründe der Obergerichts-Commission [79] p. 9—14 verwiesen werden darf. Das angebliche Gewohnheitsrecht soll zwar nicht in einer directen Abänderung der Verordnung vom 25. August 1848 bestehen, sondern nur ein Separationsrecht, wie es in der revidirten Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 Aufnahme gefunden hat, eingeführt haben, aber doch erst durch die in der Anwendung sich als hart und unzuträglich zeigende Verordnung veranlaßt worden sein; es bleibt daher das aus der Kürze der Zwischenzeit hergenommene Bedenken
p. 11. dasselbe. Auch möchte, wo es sich um Anerkennung eines Vindicationsanspruches handelt, auf den Unterschied eines Accord- und Moratorial-Verfahrens vom förmlichen Concursverfahren kein Gewicht zu legen sein. Im Uebrigen aber sind die gedachten Entscheidungsgründe auch durch die ferneren Proceßschriften nicht für widerlegt zu halten. Wenn der Sachführer von Gudewill & Upmann sich darauf beruft, er habe doch die bestimmte Behauptung aufgestellt, daß in den einzelnen Fällen, in welchen die Herausgabe bezahlter, aber

Digitized by Google

noch bei den Falliten lagernder Waaren zugestanden wurde, der Gedanke einer Rechtsnothwendigkeit zu Grunde gelegen habe, so ist das zwar richtig. Allein er selbst erklärt die beiden Fälle: Sassenberg & Meyne und Pleuß & Schnell für die hauptsächlichsten, welche seiner Ansicht zum Beleg dienen p. 12. sollen, und gerade in diesen ist nach Ausweis der von ihm in Bezug genommenen Berichte [74] die Herausgabe der Waaren wesentlich auf überwiegende Gründe der Billigkeit und des allgemeinen Handelsinteresses gestützt, der Rechtssatz selbst aber einerseits durch Hervorhebung der aus der Verordnung von 1848 entstehenden Bedenken, andererseits durch Hinweisung auf das Rechtsbewußtsein des Handelsstandes und auf bisher in allen Fällen geübten Gebrauch in Zweifel gelassen worden; dergleichen Vorgänge können offenbar nicht als Zeichen eines bereits bestehenden Gewohnheitsrechtes betrachtet werden. Da von den übrigen Fällen nach der eigenen Darstellung des Sachführers keine bessere Stütze für das behauptete Gewohnheitsrecht zu erwarten ist, so würde die Einleitung eines Beweisverfahrens voraussichtlich fruchtlos sein.

III. Die dritte Beschwerde endlich ist darüber erhoben, p. 13. daß nicht dem Antrage auf eine jetzt noch vorzunehmende Tradition der Waare entsprochen worden sei. Da sich aber das vertragsmäßige Recht des Liquidanten auf Aushändigung der gekauften Waare mit der Insolvenz der Woeltge'schen Masse nothwendig in einen bloßen Entschädigungsanspruch auflösen mußte, so ist auch die Verwerflichkeit dieser Beschwerde von selbst klar.

Bei ergehender confirmatoria war der Liquidant auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Georg Echte zu Bremen, Liquidantens, jetzt Appellantens, wider Dr. L. C. A. Heineken als tutor honorarius, sowie Johann Friedrich Ludwig Alberti und Martin Adalbert Heinrich Winter als Vormünder von Carl Georg Philipp Woeltge Beneficialerben daselbst, Liquidaten, jetzt Appellaten, Handfestenersatz betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß der Freien Hansestadt Bremen vom 29. Oct. 1860, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr an das Erbe- und Handfesten-Amt zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. October 1862.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

In der vorliegenden Sache, in welcher Liquidant mittelst seinen jetzt wiederholten drei ersten Beschwerden voriger Instanz die Anerkennung eines handfestarischen Vorzugsrechtes p. 2. für seine aus dem Accept zweier Wechsel herrührende Forderung verlangt, fragt es sich zunächst:

I) ob die Einhändigung der beiden Handfesten [65] und [66] an den Liquidanten am 18. November 1859 als eine selbstständige, erst an diesem Tage vom Falliten Woeltge bewilligte Pfandbestellung oder vielmehr nur als Erfüllung einer vorher deßhalb vom Falliten durch den Revers vom 12. Sept. 1859 [74] übernommenen Vertragspflicht zu betrachten sei.

Für diese letztere Auffassung lassen sich allerdings mehrere Gründe anführen. Der Revers [74] enthält ein zweifaches Deckungsversprechen; einmal verpflichtet sich Woeltge, „den Betrag vor Verfall zu decken," und sodann bei irgend einem ihm unerwartet begegnenden Unfall „eine rechtzeitige p. 3. Deckung sofort zu beschaffen." Die zweite Zusage kann offenbar nur dahin verstanden werden, daß Woeltge ohne Rücksicht auf die Verfallzeit der Wechsel sofort Deckung verschaffen wolle, sobald seine pecuniäre Lage so mißlich werden würde, daß die Nothwendigkeit einer Insolvenzerklärung sich voraussehen lasse. Da nun gerade für einen solchen Fall die Verfüglichkeit baarer Geldmittel mit Sicherheit nicht vorauszusetzen war, so könnte man geneigt sein, den Sinn des zweiten Versprechens darin zu finden, daß Woeltge in diesem Falle dem Liquidanten allgemein in irgend einer noch möglichen und zulässigen Weise Schadloshaltung oder Sicherstellung geben wolle, also in Ermangelung baaren Geldes durch Ueberlassung anderer p. 4.

Digitized by Google

an Werth dem Schuldbetrag gleichkommender Gegenstände. War aber Woeltge auch nur eventuell verbunden den Liquidanten durch andere Mittel als baares Geld sicher zu stellen, so blieb diese Sicherstellung, wenn auch die dafür zu verwendenden Objecte nicht im Voraus speciell festgesetzt waren, immer Gegenstand des gegebenen Versprechens, jedes vom Schuldner gewählte Mittel der Sicherstellung, welches der Gläubiger annehmlich fand, wurde dadurch mit gleicher Wirkung zum Gegenstand der Obligation gemacht, als wäre diese von Anfang an darauf gerichtet gewesen, und es würde folglich auch die Verpfändung der beiden Handfesten sich nur als Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit darstellen.

Bei näherer Prüfung mußte jedoch dieser Gründe ungeachtet
p. 5. der Ansicht der beiden vorigen Instanzen beigepflichtet werden.

1.) Die obige Auslegung des Reverses [74] erscheint, wenn man den Inhalt im Zusammenhange auffaßt, nicht wohl haltbar. Die beiden darin gegebenen Zusagen gehen einfach auf Beschaffen einer „Deckung“ für die vom Liquidanten übernommenen Accepte, und wenngleich der Ausdruck „Deckung“ im weiteren Sinne jede Art von Schadloshaltung oder Sicherstellung bedeuten kann, so läßt sich doch nicht annehmen, daß das Wort in demselben Satze unmittelbar auf einander folgend in ganz verschiedenem Sinne gebraucht worden sei. Da vielmehr das erste Mal offenbar nur die gewöhnliche Deckung durch Zahlung der Valuta gemeint war, so kann in Ermange-
p. 6. lung irgend eines modificirenden Zusatzes auch das zweite Mal nur dieselbe Bedeutung vorausgesetzt werden, und der Gegensatz der beiden Versprechen lag danach lediglich in dem verschiedenen Zeitpunkte der Erfüllung, indem Woeltge neben Erwähnung der Deckung zur gewöhnlichen und selbstverständlichen Zeit, nämlich vor Verfall, sich verpflichtete, bei einem ihm begegnenden Unglück die Deckung sofort, also früher als er sonst verbunden sein würde, zu leisten. Eine Sicherstellung durch Handfesten, überhaupt durch Verpfändung ist daher unter dem Versprechen des Reverses nicht mit für begriffen zu erachten. Dazu kommt aber

2.) daß Woeltge, wie aus seinem Briefe vom 18. Novbr. [76, 89] hervorgeht, mittelst dessen er die beiden Handfesten dem Liquidanten zustellte, offenbar gar nicht die Absicht hatte p. 7. durch diese Zustellung eine ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen. Er meldet in dem Hauptbrief [89] dem Liquidanten in Bezug auf die fraglichen Accepte, daß ihn plötzlich ein großes Unglück treffe, anstatt aber zu sagen, daß er eben dadurch veranlaßt werde einer für solchen Fall übernommenen Deckungspflicht nachzukommen, erklärt er im Gegentheil, das Unglück beraube ihn leider aller Mittel um dem Liquidanten für dessen Accepte die schnelle Deckung zu verschaffen, und bittet deßhalb um Vergebung. Die mit dem Briefe übersandten Handfesten werden erst in einer Nachschrift [76] berührt, welche dahin p. 8. lautet:

> „Ich füge aber zu Deiner Sicherheit zwei Handfesten à 1000 mit 2000 ℔ bei, woran Du Dich sicherlich erholen wirst."

Unverkennbar steht der Ausdruck „die schnelle Deckung" in Parallele zu den Endworten des Reverses [74] „Deckung sofort zu verschaffen", Woeltge erklärte aber seine Unfähigkeit gerade das zweite, für einen solchen Unglücksfall gegebene Versprechen des Reverses zu erfüllen, fühlte die Nothwendigkeit sich deßhalb zu entschuldigen, und entschloß sich in dieser Lage, worauf auch das „aber" in der Nachschrift hindeutet, dem Liquidanten, damit ein Schaden von demselben womöglich abgewendet werde, eine neue Einräumung zu machen, ihm durch die Handfesten eine Sicherheit zu geben, an welche in dem Reverse noch nicht gedacht war. Unterstützend hiefür ist auch noch die Aufzeichnung Woeltge's in [85], indem daselbst als Motiv dafür, daß dem p. 9. Liquidanten ungeachtet der späteren Fälligkeit der Accepte bereits 2 Handfesten zur Sicherheit gegeben worden seien, angeführt wird: „weil es eine Ehrenschuld betrifft." Eben daraus erklärt sich zugleich die Aeußerung der Beklagten in der Vernehmlassung II. Instanz:

Obergerichts-Acten [3] p. 3

die Handfesten seien an den Liquidanten eingesandt worden,

Digitized by Google

um Woeltge's Verbindlichkeit aus dem Revers [44] „wo möglich und so weit es gehen sollte, zu erfüllen," während ein weiter gehendes Zugeständniß daraus nicht abgeleitet werden kann. Hatte aber Woeltge nicht die Absicht, eine ihm obliegende Vertragspflicht zu erfüllen, sondern den Liquidanten nur durch eine nicht versprochene Pfandbestimmung möglichst schadlos zu halten,
p. 10. so kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Liquidant etwa sich einen Anspruch auf pfandweise Sicherstellung zuschrieb, denn bei mangelndem animus solvendi des Schuldners konnte die Hingabe der Handfesten immer nicht die Eigenschaft einer solutio annehmen.

II. Mußte die Verpfändung vom 18. November als eine erst zu dieser Zeit und unabhängig von dem Versprechen in [74] zu Stande gekommene Sicherheitsleistung angesehen werden so konnte die Entscheidung der beiden vorigen Instanzen auf Grund des §. 35 der Falliten Ordnung vom 5. Juni 1843 nur bestätigt werden, ohne daß auf die Frage von der rechtlichen Wirksamkeit des in [74] für den Fall einer Insolvenz gegebenen Deckungsversprechens, sowie auf den erst in der
p. 11. Duplik erhobenen Einwand, daß Liquidant mündlich versprochen habe, die empfangenen Handfesten auf Verlangen sofort zurück zu stellen, irgend eingegangen zu werden brauchte. Denn nach dem Briefe [89] ist es außer Zweifel, daß Woeltge sich seines insolventen Zustandes am 18. November völlig bewußt war, auch der Liquidant durch den Brief selbst davon Kenntniß erhielt, und unter dieser Voraussetzung bedarf es wie in der Sache

Riedel Debitmasse c. Balleer

Mai 1860

ausgeführt worden ist, nicht noch eines besonderen Beweises dafür, daß die Verpfändung den Gläubigern zum Nachtheil gereicht habe und dies den Contrahenten ebenfalls bewußt gewesen sei. Das in jetziger Instanz vom Liquidanten vor-
p. 12. gebrachte novum aber von einem mündlichen Deckungsversprechen stellt sich als irrelevant dar, da der Liquidant selbst nicht zu

Digitized by Google

behaupten vermocht hat, daß er von Woeltge vor dem 18. November Beschaffung einer Deckung verlangt habe.

In Folge der bestätigenden Entscheidung in der Hauptsache mußte der Liquidant auch in die Kosten der gegenwärtigen Instanz verurtheilt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hermann Heine in Bremen, als Bevollmächtigten der Leipziger Feuerversicherungsanstalt, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Anton Nielsen & Co. daselbst, Kläger, jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 10. December 1860, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 17. Novbr. 1862.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) J. Bremer,

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde voriger und gegenwärtiger Instanz die Abweisung der erhobe- p. 2.
nen Klage um deswillen, weil ein Rechtsanspruch der vorliegenden Art nicht vorhanden sei. Seine Erklärung, die durch ihn vertretene Gesellschaft betrachte den Versicherungsvertrag wegen Vermehrung der Feuersgefahr nach §. 6 und 14 der Versicherungsbedingungen als erloschen, falls nicht eine Prämiennachzahlung erfolge, habe nur die Bedeutung der Mittheilung einer Rechtsansicht dahin, die Versicherung sei aus Rechtsgründen erloschen und die Fortdauer der Verpflichtungen werde nicht anerkannt werden. Trete innerhalb der Versicherungszeit kein Unglück ein, so werde der Ausspruch jener Rechtsansicht bedeutungslos, trete es ein, so werde alsdann die Frage entschieden werden müssen, ob jene Ansicht begründet sei p. 3.
oder nicht. Nur im letztern Falle habe die Gesellschaft die Verpflichtung zu zahlen, eine sonstige Pflicht den Versicherten zu entschädigen, wenn er sich anderweit zu höherer Prämie habe versichern lassen, existire nicht. Dieser Auffassung konnte jedoch nicht beigetreten werden.

Faßt man den Versicherungsvertrag dahin auf, daß der Versicherer gegen Zahlung der Prämie ein Risico übernehme, so folgt daraus freilich, daß vor Eintritt der Entschädigung der Regel nach keine Klage wider ihn angestellt werden darf. Es existirt alsdann, abgesehen von dem Fall, wo die Vermögensverhältnisse des Versicherers unsicher geworden sind, kein Anspruch auf Sicherheitsleistung. Ebenso wenig kann davon die Rede sein, dem Versicherten wegen des obgedachten An- p. 4.
spruchs ein Recht auf Rücktritt vom Vertrage und desfallsige Entschädigung einzuräumen. Nichterfüllung eines Vertrages

Digitized by Google

führt der Regel nach nur zu einer Klage auf Erfüllung, und die Fälle, in denen auf Grund der Nichterfüllung sofort auf Entschädigung geklagt werden kann, sind von dem vorliegenden wesentlich verschieden. Auch läßt sich nicht absehen, wie aus einer Klage auf Anerkennung des Vertrags, welche überdies gemeinrechtlich großen Bedenken unterliegt, sich der vorliegende Anspruch auf Entschädigung herleiten lassen könnte. Es käme daher bei dieser Auffassung des Versicherungsvertrages darauf
p. 5. an, ob der vor Eintritt eines Unglücksfalls erfolgte Ausspruch, für dessen Folgen nicht weiter verantwortlich zu sein, wenn es dem Ausspruch an Gründen fehlt, sich als rechtswidrige Drohung auffassen ließe, und als solcher selbstständiger Grund für einen Entschädigungsanspruch werden könnte. Diese Frage bedurfte jedoch keiner Beantwortung, da angenommen werden mußte, der Versicherungsvertrag als solcher gewähre auch für die im Laufe der Versicherung eingetretenen Rechtsverletzungen, soweit sie deren Gegenstand betreffen, ausreichenden Rechtsschutz. Durch dessen Abschluß nämlich erhält das versicherte Object einen erhöhten Vermögenswerth. Eine schwimmende Ladung, welche versichert ist, kann in anderer Weise an dem Markt
p. 6. verwerthet werden als eine unversicherte. Eine Fabrik, wie die hier in Frage stehende, würde, wenn zu verkaufen, einen verschiedenen Preis haben können, je nachdem die Feuersgefahr gedeckt wäre oder nicht.

vergl. Malß Betrachtungen über einige Fragen des Versicherungsrechts. Frankf. 1862. S. 15. ffg.

Der Versicherungsvertrag hat daher, wenngleich nur indirect, doch stets die Herbeiführung eines solchen Zustandes zur Folge und dessen einseitige widerrechtliche Veränderung berechtigt entweder zu einer Contractsklage auf Herstellung dieses Zustandes, oder, da dem Versicherten nicht zugemuthet werden kann, während der auf die Führung des Rechtsstreites zu verwendenden Zeit in Ungewißheit zu bleiben, auf Ent-
p. 7. schädigung im Fall eines durch anderweite Versicherung entstandenen Mehraufwandes.

Auch der zweiten Beschwerde des Beklagten in

Digitized by Google

gegenwärtiger Instanz, mittelst welcher derselbe die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses, also die Belastung seines Gegners mit dem, in dem zweiten Erkenntniß ihm auferlegten Beweise verlangt, konnte nicht entsprochen werden.

Das Fundament der gegenwärtigen Klage ist die stattgehabte Versicherung und die in deren Annullirung enthaltene Rechtswidrigkeit. Die Versicherung liegt erwiesen vor, es handelt sich um das Recht zu deren Aufhebung, indem, wenn ein solches vorhanden sein sollte, von einem Vertragsbruch nicht die Rede sein könnte. Wer ein solches Recht behauptet, hat also Thatsachen nachzuweisen, durch welche das vorhandene feste Obligationsverhältniß beseitigt wird. Derartige That- p. 8.
umstände stellen sich als Einrede heraus, und die Beweislast in Betreff ihrer factischen Grundlage trifft denjenigen, welcher sich darauf beruft. Der Gesichtspunkt, aus welchem das erste Erkenntniß zu einer andern Vertheilung der Beweislast gelangt ist, und namentlich die Vergleichung mit der Rückforderung einer Nichtschuld konnten nicht als zutreffend erachtet werden. Auch war den Klägern die Beweislast in Ansehung der Unrechtmäßigkeit der Annullirung nicht etwa um deswillen aufzubürden, weil an dem Versicherungsobject eine Veränderung des bisherigen Zustandes eingetreten sein soll. Denn nicht jede Veränderung des Zustandes, in welchem sich die versicherten Gegenstände befinden, kommt in Betracht, sondern nur eine p. 9.
solche, welche die Feuersgefährlichkeit erhöht. Ist also die Annullirung ausgesprochen auf Grund einer Veränderung, so erscheint dieselbe bis dahin rechtswidrig, daß erwiesen ist, die Veränderung sei für die Größe der Feuersgefahr erheblich; und das hat im Leugnungsfall der Beklagte darzuthun.

Nicht minder verwerflich ist die zweite Beschwerde des Beklagten in der vorigen und jetzigen Instanz. Derselbe verlangt, daß auf Grund der von den Klägern genommenen anderweiten Versicherung die bei der von ihm vertretenen Anstalt genommene Versicherung als erloschen betrachtet werde. Bei Doppelversicherungen gilt als Regel daß die zweite, nicht daß die erste

Digitized by Google

p. 10. wirkungslos ist. Eine Ausnahme tritt ein, wenn auf die erste im vollen Umfange verzichtet ist. Der Verzicht darf aber nicht lediglich aus der Thatsache der zweiten Versicherung geschlossen werden, und jedenfalls müßte es ein Verzicht auf alle Ansprüche aus der ersten Versicherung sein, wofür es in den bisherigen Verhandlungen selbst an einer Behauptung fehlt. Ob aber die Kläger, nachdem ihnen von dem Beklagten die Offerte gemacht war, zu einer erhöhten Prämie weiter versichert zu bleiben, die Befugniß hatten, bei einer anderen Gesellschaft zu einer noch höheren Prämie sich versichern zu lassen, diese Frage war, indem von den ausge-
p. 11. setzten Puncten über die Höhe der Prämie und dem Betrag des Schadenersatzes abgesehen wird, zu bejahen. Sollte festzustellen sein, und zwar dadurch, daß Beklagter den ihm obliegenden Beweis nicht führt, oder gar die Kläger dessen Gegentheil darthun, daß eine die ursprünglich übernommene Gefahr übersteigende neue Gefahr nicht vorhanden sei, so konnte den Klägern nicht angesonnen werden, sich mit einem so bedenklichen Contrahenten weiter einzulassen.

Nicht anders verhält es sich mit der dritten Beschwerde des Beklagten in der Revisions- und jetzigen Instanz. Er verlangt, daß den Klägern und eventuell ihm, dem Beklagten in Ansehung der besonderen nicht angezeigten Feuergefährlichkeit bei Abschluß der Versicherung ein Beweis auferlegt werde. In den Gründen zum ersten Erkenntniß S. 14. 15., auf welche
p. 12. in den Gründen zum Revisions-Erkenntniß S. 8. zur Widerlegung dieser Beschwerde einfach Bezug genommen worden ist, wird zunächst geltend gemacht, es sei auf diesen Umstand keine Einrede gestützt, und dieser Auffassung haben sich auch Kläger angeschlossen.

[25] S. 10.

Mit Recht erwidert hierauf der Beklagte, er habe den Punct als Grund zur Rechtfertigung der von ihm abgegebenen Erklärung, betreffend die Nichtigkeit der Versicherung, besonders angeführt,

Revisionsrechtfertigung [24] S. 17 — 18

und eines Mehreren bedurfte es nicht. Sind die vorgetragenen Thatsachen ausreichend zur Annahme einer verneinenden Streit-

Digitized by Google

einlassung oder einer Einrede, so hat der Richter dasjenige, was
den Rechten entspricht, aus ihnen zu entnehmen, ohne daß es p. 13.
auf die Form der Bezeichnung weiter ankommt. Die abgegebene
Erklärung kann aber nicht als ein Ableugnen von Umständen
angesehen werden, welche zur Begründung der Klage gehören,
sondern ist als Einrede aufzufassen. Der Beklagte behauptet
die Verschweigung eines für die Uebernahme der Versicherung
erheblichen Thatumstandes, und muß, wenn die Thatsache oder
deren Erheblichkeit in Abrede gestellt werden, die betreffenden
Beweise übernehmen. Von dieser Beweisnachlassung mußte
dann abgesehen werden, wenn erwiesen wäre, der Beklagte
habe von dem in Rede stehenden Umstande Kenntniß gehabt,
oder er hätte dieselbe haben müssen. Letzteres hat in den p. 14.
Gründen zum ersten Erkenntniß gleichfalls zur Verwerfung der
Einrede geführt. Allein die Mittheilung des Risses an die
Gesellschaft ist hierfür ohne Bedeutung, da auf solchen die
Steinkohlenlagerung, wie aus [16] [17] [18] erhellt, nicht
bezeichnet war. Der Umstand aber, daß die Gesellschaft hiedurch
in den Stand gesetzt ward, nach genauer Besichtigung durch
den Agenten eine Kunde von dem Sachverhältniß zu erlangen,
kann nicht für geeignet erachtet werden, um der Gesellschaft zu
präjudiciren. Zwar ist der Beklagte Generalagent, also ein
wahrer Bevollmächtigter der Gesellschaft und nicht ein bloßer
Gehülfe derselben. Auch hat er die in Rede stehenden Versiche-
rungsverträge selbst abgeschlossen und die Policen unterzeichnet.
Seine Wissenschaft würde also der Gesellschaft allerdings zum p. 15.
Nachtheil gereichen.

H. Maas w. Allg. Vers. Gesellsch. zu Triest.
28. April 1856 (Hamb. Samml. Bd. 3, p. 67. 68.)
Hamb. Ger. Praxis Bd. 1. S. 144 — 146.)

Dagegen ließ sich nicht annehmen, daß der Agent jene
Kenntniß gehabt haben müsse. Es ist ausdrücklich in Abrede
gestellt, daß er das Steinkohlenlager vor der stattgehabten
Monitur bemerkt habe, und in der Nichtwahrnehmung konnte
kein so hoher Grad von Nachlässigkeit gefunden werden, wie
es erforderlich wäre, um die Wissenschaft als erwiesen anzusehen.

Digitized by Google

Daß aber ein sonstiger Bevollmächtigter der Gesellschaft die fraglichen Localitäten inspicirt hätte vor dem Fall, welcher zu dem gegenwärtigen Processe Anlaß gegeben hat, ist von dem Beklagten ebenfalls in Abrede gestellt worden. Eine Nach-
p. 16. forschungspflicht der Gesellschaft oder ihres Agenten im Fall der Ueberreichung eines speciellen Risses zu dem Zweck, um dessen Ungenauigkeiten zu verbessern, existirt nicht. Der Riß vertritt die Stelle der Declaration und erhebliche Fehler in dieser sollen dem Versicherten selbst dann zum Nachtheile gereichen, wenn ein Unteragent der Gesellschaft sie veranlaßt hat.

H. Maas cit.

Endlich steht dieser Auffassung auch das nicht im Wege, was von dem Ober-Appellations-Gerichte zur Sache

V. Pfeiffer & Seekamp w. Oersen 26. Oct. 1854 p. 19 — 21. (Bremer Samml. V. 3. S. 356 — 357.)

ausgeführt worden ist.

Dem Vorstehenden zufolge würde dem Beklagten noch der Beweis einer dritten Alternative, dahin

> daß durch die zur Zeit des Abschlusses der nach den
> p. 17. Policen [3] [4] [5] [6] [7] der Obergerichts-Acten übernommenen Versicherung zwischen den auf dem Risse [14] bezeichneten Gebäuden Lit. K. und D einerseits und Lit. B. und dem Wohnhause No. 36 am Deiche andererseits angehäuft gewesenen Steinkohlen die Feuersgefahr für die versicherten Gegenstände vermehrt worden sei,

und hingegen den Klägern der Beweis der Replik,

> daß die beklagtische Gesellschaft oder deren Bevollmächtigter bei Beginn des Versicherungsvertrages das Vorhandensein der in Rede stehenden Kohlenlager von einem dem vorgefundenen etwa gleichen Bestande gekannt habe,

nachgelassen werden müssen. Gleichwohl war von dieser Abänderung abzustehen und zwar deshalb, weil die gedachte Be-
p. 18. weisnachlassung, wie mit den Klägern angenommen werden muß,

[25] S. 9. der Oberger. Acten.

unerheblich sein würde, indem der Beklagte durch den ihm bereits nachgelassenen Beweis hinlänglich geschützt ist. Führt derselbe nämlich den Beweis, daß durch die spätere Steinkohlenlagerung die Feuersgefahr erhöht worden sei, so ist, da die Worte „im Laufe der Versicherung“ keinen selbstständigen Theil des Beweises bilden, bewiesen, daß eine Steinkohlenlagerung von dem behaupteten Umfange eine Vermehrung der Feuersgefahr mit sich bringe und mithin eine desfallsige Anzeigepflicht vorhanden sei. Nun haben aber die Kläger selbst angegeben,

[12] S. 7. 8. O. Ger. Act.

das Steinkohlenlager sei von Anfang an in seinem Bestande sich ungefähr gleich geblieben. Ob aber die ursprüngliche Lagerung oder die spätere Anhäufung zur Abweisung des Klägers p. 19.
führt, ist gleichgültig. Führt dagegen der Beklagte den ihm nachgelassenen Beweis nicht, so hat auch die Nichtanzeige der anfänglichen Steinkohlenlagerung keine Bedeutung.

Die vierte Beschwerde des Beklagten in der Revisions- und jetzigen Instanz geht dahin, daß der dem Beklagten in dem ersten Erkenntniß unter No. 2, auferlegte Beweis nicht auf den S. 5. der Vernehmlassung und S. 8 und 9 der Duplik erzählten speciellen Vorgang gerichtet worden sei. Nun muß es zwar dem Beklagten zugegeben werden, daß Beweisnachlassungen sich speciell an die von den Parteien behaupteten Thatsachen, insoweit sie erheblich sind, anzuschließen haben; wie denn auch das Ober-Appellations-Gericht nach diesem Grundsatz in

B. Lange. w. Dorfschaft Hasenbühren 30. September 1854 p. 10.

erkannt hat. Daß aber dem Beklagten durch die Unterlassung eine Beschwerde zugefügt wäre, war hier nicht anzunehmen. Denn sobald er in der Beweisinstanz den Inhalt des Vergleichs speciell angegeben hat, wird sich der directe Gegenbeweis der Kläger hierauf zu beschränken haben.

Die Kosten jetziger Instanz hat der Beklagte zu tragen, da seine sämmtlichen Beschwerden verworfen werden mußten.

Zur Beglaubigung
(gez.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Carl Friedrich Berg zu Hamburg, Impetrantens und Adcitantens, jetzt Appellantens, wider Stephan Lürman & Sohn in Bremen, Adcitaten, jetzt Appellaten, ad causam des Ersteren, Klägers und Impetrantens, wider Nathan Michael Nathanson zu Hamburg, Beklagten und Impetraten, Arrestanlage betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 23. September 1861 zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern, daß die in den Händen der Adcitaten befindlichen Feuercassen-Obligationen zum Nominalwerth von Bco.mk 6000, ohne daß es hierüber noch eines Beweises des Adcitanten bedarf, als Arrestobject anzuerkennen seien.

Die Kosten dieser Instanz sind zu compensiren, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. December 1862.

Zur Beglaubigung
(gez.) **J. Bremer**,
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

p. 2. I. Gegen die Adcitaten stehen folgende, in dieser Instanz wieder von ihnen angeregte Puncte rechtskräftig fest.

A. daß der angelegte Arrest sich nicht bloß auf das Guthaben des Impetraten bei den Adcitaten, sondern auch auf den denselben zur Sicherheit cedirten Pfandposten, jetzt auf die an Stelle desselben getretenen Feuercassen-Obligationen von Bco.*mk.* 6000 erstrecke. Denn dies hat das Obergericht in seinem ersten Erkenntnisse vom 22. October 1860 ausdrücklich, unter Verwerfung des dawider erhobenen Einwandes der Adcitaten ausgesprochen. Indem Es also erkannt hat, daß Einwendens ungeachtet der ausweise [8] bei den Adcitaten angelegte Arrest

— auf die für Rechnung des Impetraten in Händen
p. 3. habenden oder ihnen zu Händen kommenden Gelder, Waaren und Effecten bis zum Belaufe von Bco.*mk.* 12,000,

in seinem Wesen zu belassen sei, hat Es den Arrest in dem vom Adcitanten beantragten, die Feuercassen-Obligationen mit begreifenden Umfange bestätigt. Zwar haben die Adcitaten wider diese Entscheidung ihre zweite Revisionsbeschwerde gerichtet. Allein diese ist vom Obergerichte zu der sententia a qua ausdrücklich als unbegründet verworfen worden. Wenngleich nun das Obergericht auf Grund der fünften, auf die behauptete Cession sich beziehenden Beschwerde der Adcitaten, in der sententia a qua erkannt hat, daß, unter einstweiliger Con-
p. 4. tinuation des angelegten Arrestes, der Adcitant schuldig sei zu beweisen:

daß und welches Guthaben für den Impetranten die

Adcitaten unter sich haben oder zur Zeit der Arrestanlage unter sich gehabt haben,

so wird doch durch diese, auf der von den Adcitaten behaupteten Cession beruhenden Entscheidung jenes andere Erkenntniß über den Umfang, den der Arrest an sich habe, gar nicht berührt, wie dieß noch zum Ueberflusse aus den Entscheidungsgründen des Obergerichts zur dritten und fünften Beschwerde der Adcitaten klar hervorgeht, indem hier ausdrücklich gesagt ist, daß das Guthaben ad resp. 6210 *mk* 4 *ß* und 6000 *mk* Feuercassen-Obligationen das Object des Arrestes sein würden, wenn die angegebene Cession und Denunciation nicht wirklich vor der Arrestanlage stattgefunden hätte. Führt der p. 5.
Adcitant diesen Beweis, so soll nach den Entscheidungsgründen des Obergerichts ad Grav. 3 den Adcitaten nur noch freistehen, den von ihnen angebotenen Beweis des Irrthums ihres gerichtlichen Geständnisses zu führen. Dieser Irrthum ist aber nur dahin behauptet worden, daß das Guthaben des Impetraten nicht 6210 *mk* 4 *ß*, sondern nur 4200 *mk* betrage, während sie, die 6000 *mk* Feuercassen-Obligationen vom Impetraten zu besitzen, ausdrücklich zugegeben haben.

Wenn die Adcitaten daher in dieser Instanz in ihrer Vernehmlassung

O. A. Ger.-Act. No. 11, S. 11,

in Beziehung auf den Umfang des Arrestbefehls von, ihrer Auffassung widersprechenden, bloßen Entscheidungsgründen des p. 6.
Obergerichts reden, die nicht in Rechtskraft übergegangen seien und um Interpretation derselben in einem ihnen günstigen Sinne bitten, so ist das völlig unzutreffend, indem hier vielmehr eine wirkliche Entscheidung und zwar eine völlig klare vorliegt. Könnte man aber auch diese Aeußerung und Bitte als eine Adhäsionsbeschwerde auffassen, so würde diese doch formell unzulässig sein, da sie nicht den Theil des Erkenntnisses betrifft, über welchen sich der Adcitant beschwert hat.

Ferner steht es auch rechtskräftig gegen die Adcitaten fest,

B. daß hinsichtlich der Größe des Guthabens des Impetraten von Bco. *mk* 6210. 4 *ß*, abgesehen von der behaupteten

Digitized by Google

p. 7. Cession, ein gerichtliches Geständniß der Adcitaten vorliege, welches nur durch einen von ihnen zu führenden Beweis des Irrthums entkräftet werden könne.

Auch dieser Punct ist im ersten Erkenntnisse des Obergerichts bereits in der angegebenen Weise entschieden, und auf den Beweis des Irrthums damals nur deswegen nicht erkannt worden, weil das Obergericht annahm, daß den Adcitaten ein selbstständiges Interesse an dem Guthaben nicht beiwohne und Rechte Dritter nicht berührt würden. Und ungeachtet die Adcitaten hiergegen ihre dritte Revisionsbeschwerde gerichtet, hat doch das Obergericht diese Beschwerde, insofern sie das Vorhandensein eines gerichtlichen Geständnisses bestreitet, ausdrücklich für unbegründet erklärt, und auf den von den Adcitaten ange-
p. 8. botenen Beweis des Irrthums zur Zeit nur deshalb nicht erkannt, weil Es, auf die fünfte Beschwerde hin, die Behauptung der Cession als ein Läugnen der Adcitaten überall ein Guthaben des Impetraten unter sich zu haben, aufgefaßt hat. Es hat aber abgesehen von dieser Cession, das Geständniß der Adcitaten als Grundlage der einzutretenden Beweisverhandlungen bezeichnet, und ausdrücklich ausgesprochen, daß, falls der Adcitant zum Behuf seines Beweises das Geständniß der Adcitaten benutzen sollte, diese nur die Befugniß hätten, dasselbe durch den ihrerseits zu übernehmenden Beweis des Irrthums zu entkräften.

Wenn daher auch in Beziehung auf diesen Punct die
p. 9. Adcitaten in gegenwärtiger Instanz beantragen, „die Deduction der Motive des Obergerichts (dafür, daß ein Geständniß vorliege) zu emendiren und für nicht begründet zu erklären," so trifft insoweit das ad A Bemerkte auch hier zu. Es handelt sich hier um ein der Rechtskraft fähiges, klares Decisum, welches einen, von dem abseiten des Adcitanten angefochtenen ganz verschiedenen Theil der vorinstanzlichen Entscheidungen bildet, und der daher, auch wenn man das Vorbringen der Adcitaten als Adhäsion auffassen könnte, nicht mittelst einer solchen, sondern durch eine selbstständige Appellation anzufechten gewesen wäre.

Digitized by Google

Was sodann

II. die Beschwerden des Adcitanten betrifft, so war

A. die erste und principale, daß das Berufen des Adcitaten auf die Cession des Impetratischen Guthabens an Böhlecke wegen Wirkungslosigkeit der Letzteren nicht ohne Weiteres verworfen worden sei, für unbegründet zu erachten. p. 10.

Von den gegen die behauptete Cession in erster Instanz vorgebrachten Repliken, 1) daß die Cession wegen der seit dem Zeitpuncte, wo dieselbe geschehen sein solle, fortwährend auf dem Cessionsobject ruhenden Arreste unwirksam, 2) daß sie, weil eine zwischen dem von Ahlefeld'schen Curator und dem Impetraten und angeblichen Cedenten litigiöse Forderung betreffend, nichtig, und 3) daß sie simulirt sei, hat der Adcitant diese letzte Replik zum Gegenstande einer besonderen Beschwerde (Grav. V.) gemacht, und die zweite in der Rechtfertigung der jetzt in Frage stehenden Principalbeschwerde nicht nur nicht geltend gemacht, sondern als den Gegenstand dieser Beschwerde vielmehr ausdrücklich nur den angegeben, daß die Replik der Ungültigkeit der Cession wegen der zur Zeit der Anlage des gegenwärtigen Arrestes noch nicht aufgehobenen früheren Arreste, implicite verworfen worden sei. p. 11.

O. A. Ger.-Act. No. 1. S. 10. 11.

Sollte es dennoch die Absicht des Adcitanten sein, auch jene zweite Replik noch weiter zu verfolgen, so genügt, um deren völlige Grundlosigkeit zu zeigen, die Bemerkung, daß gar nicht eine zwischen dem Ahlefeld'schen Curator und dem Cedenten streitige, sondern eine unbestrittene Forderung des Letzteren an die Adcitaten den Gegenstand der angeblichen Cession bildet. p. 12.

Was aber die erste allein gerechtfertigte Replik betrifft, so läßt sich nicht mit dem Adcitanten annehmen, daß die angebliche Cession an die Suspensiv-Bedingung der Aufhebung des Arrestes geknüpft gewesen sei. Denn von selbst versteht sich dies nicht, da auch eine mit Arrest belegte Forderung sehr wohl, wenn gleich unbeschadet der Rechte des Impetranten Gegenstand einer Cession sein kann. Aus der von den Adcitaten

Digitized by Google

zu den Acten gebrachten Correspondenz ergiebt es sich aber eben so wenig. In dem Briefe des Impetraten an die Adcitaten vom 20. October 1859 wird diesen nämlich nur angezeigt, daß die Cession unbeschadet des damals bestehenden
p. 13. Arrestes geschehen sei, so daß der Cessionar Böhlecke nach Aufhebung desselben über den Gegenstand der Cession solle verfügen können.

O Ger.-Act. No. 17.

Es war also einmal nicht die Cession selbst, sondern nur das in derselben begründete freie Verfügungsrecht des Cessionars an die Aufhebung des Arrestes geknüpft. Sodann aber war unter diesem ohne Zweifel nur ein damals zur Zeit der Cession bereits bestehender, nicht ein etwa noch zu verhängender weiterer Arrest gemeint. Nur dem Rechte der damaligen Impetranten sollte durch die Cession nicht präjudicirt werden. Nun sind freilich die damals bestehenden Arreste erst zu einer Zeit wieder relaxirt worden, wo der gegenwärtige schon erkannt war, nämlich der des Hamburgischen Criminalgerichts am
p. 14. 4. Mai, der des von Ahlefeld'schen Curators am 16. Mai 1860; allein wenn die Cession dem gegenwärtigen Arreste vorausgegangen ist, so ist jener Umstand ohne alle rechtliche Bedeutung, indem, wie auch das Oberappellations-Gericht bereits früher erkannt hat, die Rechte eines Cessionars durch einen später auf das Cessionsobject impetrirten Arrest nicht beeinträchtigt werden;

Seuffert Archiv Th. 7. No. 301.

B. Dagegen erschien die zweite Beschwerde, daß nicht wenigstens in Betreff des den Adcitaten zu ihrer Sicherheit von dem Impetraten früher cedirten Hypothekpostens von 12,000 *mk.* in der von Ahlefeld'schen Hufe zu Alsterdorf, beziehungsweise der später an die Stelle desselben getretenen Hamburgischen Feuercassen-Obligationen von Bco.*mk.* 6000 — die Berufung
p. 15. der Adcitaten auf die Cession als unbegründet verworfen sei, als gerechtfertigt.

Zwar läßt sich

1) da zur Zeit, wo die fragliche Cession geschehen sein

soll, nämlich am 20. October 1859 eine Forderung der Adcitaten an den Impetraten, für welche die Hypothek als Sicherheit dienen sollte, nicht mehr bestand, vielmehr die Adcitaten bereits Schuldner des Impetraten waren,

O. Ger.-Act. No. 13,

mithin der Letztere einen Anspruch auf Rückübertragung der gedachten Hypothek hatte, sehr wohl denken, daß dieser Anspruch, gleich wie das baare Guthaben, auch Gegenstand der Cession an Böhlecke gewesen sei, obgleich die über die fragliche Cession zu den Acten gekommenen Briefe nur von einem bei den Adcitaten „stehenden Guthaben",

ebendas. No. 17. 20,

von einer „zu buchenden Summe",

ebendas. No. 18, p. 16.

reden. Allein

2) es haben die Adcitaten sich in die Lage gesetzt, sich nicht darauf berufen zu können, daß der Hypothekposten und noch weniger, daß die Feuercassen-Obligationen weil dem Böhlecke cedirt, kein Arrestobject bildeten.

Am 19. December 1859 als die jetzt fragliche Cession bereits geschehen sein soll, ist nämlich in dem Processe zwischen dem von Ahlefeld'schen Curator als Kläger einerseits und dem gegenwärtigen Impetraten und Salomon Michael Nathanson als Beklagte, anderseits vor dem Hamburgischen Niedergerichte ein Vergleich geschlossen worden, nach welchem

a) der Kläger dem mitbeklagten Salomon Michael Nathanson zahlen sollte Bco.^{mk} 6000 und dagegen

b) die beiden Beklagten sich solidarisch zur Tilgung dreier p. 17. Hypothekposten in Alsterdorf, und darunter auch des in der Adcitaten Händen befindlichen, verpflichteten; welchem nächst sodann

c) der bei den Adcitaten vom Kläger impetrirte Arrest aufgehoben werden sollte.

ebendas. No. 14.

Die Ausführung dieses, unter Vorbehalt obervormundschaftlicher Bestätigung, geschlossenen Vergleichs ward aber

Digitized by Google

verhindert durch den am 7. Januar 1860 beim Hamburger Niedergerichte impetrirten gegenwärtig ſtreitigen Arreſt, inſofern die nach jenem Vergleiche von den Adcitaten zur Tilgung auszuliefernde Hypothek jetzt von Neuem mit Arreſt beſchlagen war. Zur Beſeitigung dieſes von den Adcitaten ſelbſt

— ebendaſ. No. 24, S. 22 —

p. 18. als ganz weſentlich bezeichneten Hinderniſſes ward nunmehr zwiſchen dem Kläger und Impetranten Berg und dem Beklagten und Impetraten Nathan Michael Nathanſon unter Zuziehung des von Ahlefeld'ſchen Curators als Intervenienten, am 12. März 1860 ebenfalls vor dem Hamburgiſchen Niedergerichte ein Vergleich geſchloſſen, durch welchen der Impetrant in die Auslieferung und Tilgung der in den Händen der Adcitaten befindlichen Hypothek unter der Bedingung conſentirte, daß der von Ahlefeld'ſche Curator ſtatt dem Salomon Michael Nathanſon in Gemäßheit des obigen Vergleichs volle Bco.*mk* 6000 baar auszuzahlen, gegen Umſchreibung oder Tilgung des fraglichen Hypothekpoſtens dem Bevollmächtigten der Adcitaten (Dr. Heinſen) Hamburger Feuercaſſen-Obligationen zum Nominalwerthe von Bco.*mk* 6000 behändige, indem ſich namentlich auch der zum Vergleiche
p. 19. zugezogene Salomon Michael Nathanſon damit einverſtanden erklärt, daß dieſe Obligationen in Betreff des von dem Impetranten bei den Adcitaten angelegten Arreſtes ganz an die Stelle des zu tilgenden oder umzuſchreibenden Hypothekpoſtens treten ſollten.

ebendaſ. No. 11.

Nun haben aber in dem gegenwärtigen Proceſſe die Adcitaten in Erwiederung auf die Bemerkung des Adcitanten in der Triplik, daß in dem Vergleiche vom 19. December 1859 [14] ohne Rückſicht auf den angeblichen Ceſſionar über den gedachten Hypothekpoſten verfügt worden ſei,

ebendaſ. No. 23, S. 15,

in der Quadruplik ſich dahin geäußert, ſo viel ſie wüßten habe Böhlecke den Vergleich genehmigt und nur deshalb nicht

Digitized by Google

unterschrieben, weil die Cession qu. in den Hamburger Acten nicht erwähnt sei.

ebendas. No. 24, S. 23. p. 20.

Und in gegenwärtiger Instanz, wo der Adcitant wiederum als Argument dafür, daß das Recht des Impetraten auf Rückcession des Hypothekpostens dem Böhlecke nicht mit cedirt sei, sowohl jene Bemerkung wiederholt, als auch auf die Nichtzuziehung des Böhlecke zum Vergleiche vom 12. März 1860, so wie darauf hinweiset, daß die Adcitaten das Document über die Hypothekposten ausgeliefert hätten, ohne sich durch die Denunciation der angeblichen Cession beirren zu lassen,

O. A. Ger.-Act. No. 1, S. 9,

haben die Adcitaten in Erwiederung darauf noch positiver angegeben, die Zuziehung des Böhlecke zum Vergleiche sei überflüssig gewesen, weil derselbe sich ausdrücklich, auch den Adcitaten gegenüber einverstanden erklärt, und diese daher ohne p. 21.
Skrupel die Hypothek hätten ausliefern können.

ebendas. No. 11, S. 10.

Bezieht sich die in erster Instanz abgegebene Erklärung ganz klar auf den ersten Vergleich, so muß die letztere auch auf den zweiten Vergleich bezogen werden, da nur in dessen Ausführung die Auslieferung der Hypothek abseiten der Adcitaten stattgefunden hat,

ebendas. No. 12, p. 4.

Somit liegt ein gerichtliches Geständniß der Adcitaten darüber vor, daß der Cessionar Böhlecke durch seinen Consens zu dem ersten Vergleiche sich damit einverstanden erklärt hat, daß die Hypothek von dem debitor cessus zur Umschrift oder Tilgung einem Dritten ausgeliefert werde, also aufhöre Object der Cession zu sein; es liegt ein ferneres Geständniß darüber vor, daß Ebenderselbe durch seinen Consens in den zweiten Vergleich p. 22.
sich damit einverstanden erklärt habe, daß die Feuercassen-Obligationen zu Gunsten des Impetranten Berg den Adcitaten ausgeliefert werden, nur um an Stelle der nunmehr auszuliefernden Hypothek Jenem als Arrestobject zu dienen, und es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht diese Obligationen schon

Digitized by Google

deshalb nicht als Object der Cession an die Stelle der Hypothek haben treten können, weil sie gar nicht Eigenthum des Cedenten, sondern seines Bruders Salomon Michael Nathanson gewesen seien;

Es mußte daher abändernd dahin erkannt werden, daß die besagten Feuercassen-Obligationen, ohne daß es in Ansehung ihrer noch des dem Adcitanten auferlegten Beweises bedürfe, als Arrestobject anzuerkennen seien.

Nun hat zwar der Adcitant

p. 23. C. seine dritte Beschwerde dahin gerichtet, daß über die streitigen Puncte, soweit nicht bereits rechtskräftig erledigt, noch ein Beweisverfahren zwischen den Parteien angeordnet, und nicht vielmehr deren Regulirung den anderweitig Betheiligten anheim gegeben, der angelegte Arrest aber in seinem Wesen belassen sei.

Allein insoweit diese Beschwerde nicht bereits durch die Entscheidung ad B. ihre Erledigung gefunden hat, mußte sie als unbegründet verworfen werden.

Freilich weicht die Bremische Gerichtsordnung in den Bestimmungen des § 350 von dem gemeinen Rechte, nach welchem zwischen dem Impetranten und dem dritten Befehlsträger, wie die Arrestanlegung Jenem noch kein Recht auf die
p. 24. mit Arrest belegten Gegenstände selbst giebt, auch kein Rechtsstreit über deren Bestand und Umfang stattfindet, ab, indem sie für den Fall, daß der Arrestdritte als Adcitat entkennt, den Gegenstand des Arrestes ganz oder theilweise unter sich zu haben, ein förmliches Verfahren zwischen ihm und dem Impetranten eintreten läßt, bei welchem Letzterer sich aller im Prozesse zulässigen Beweismittel bedienen kann. Allein diese Vorschrift lautet so allgemein und bestimmt, daß es nicht zulässig erscheint, aus etwaigen Zweckmäßigkeitsgründen Distinctionen eintreten zu lassen, die das Gesetz selbst nicht macht, und es in einem Falle nicht anzuwenden, wo, wie hier, der Adcitat lediglich Rechte geltend macht, welche angeblich ein

Digitized by Google

Dritter an dem ursprünglich dem Impetraten zuständig gewesenen Arrestobjecte erworben haben soll.

Ebenso stellte sich p. 25.

D. die vierte Beschwerde, welche die Beweislast betrifft, als eine unbegründete dar. Denn indem die Adcitaten behaupten, daß das ursprüngliche Guthaben des Impetraten von Diesem vor der Anlegung des gegenwärtigen Arrestes an Böhlecke cedirt worden sei, entkennen sie überall ein Arrestobject unter sich zu haben, und mithin liegt, wie dies auch der § 350 der Gerichtsordnung klar zu erkennen giebt, dem Impetranten der Beweis ob. Denn es existirt hier kein Obligationsverhältniß zwischen den Parteien, kraft welches der Beklagte, welcher das ursprüngliche Schuldverhältniß einräumt, aber die Solution desselben behauptet, letztere zu beweisen hat. Vielmehr liegt hier der Fall vor, wo Jemand ein Vermögensobject, welches ein anderer unter sich hat, als einem Dritten, dem Impetraten, p. 26. gehörig in Anspruch nimmt. Hier muß er, wenn er den Vortheil genießen will, daß ihm dies Object für eine Forderung an den Impetraten hafte, auch den Beweis übernehmen, daß es wirklich demselben zur Zeit der Arrestanlegung gehört habe.

Was endlich

E. die fünfte Beschwerde betrifft, daß nach den obergerichtlichen Entscheidungsgründen S. 24 dem Adcitanten der Beweis der von ihm behaupteten Simulation der Cession zwischen dem Impetraten und Böhlecke abgeschnitten, und er nur mit dem Beweise einer von ihm gar nicht behaupteten Simulation zwischen dem Cessionar und den Adcitaten in diesem Verfahren zugelassen sei, so war diese Beschwerde zwar allerdings für begründet zu erachten. Denn wenn gleich die Adcitaten eine Einlassung auf die vorgeschützte Replik der p. 27. Simulation verweigert haben, so ist deren materielle Erheblichkeit in dem gegenwärtigen Adcitationsprocesse unverkennbar und wird es daher dem Adcitanten frei stehen müssen, den ihm auferlegten Beweis auch darauf zu richten. Indessen konnte es bei der Allgemeinheit der Beweisfassung nicht für nöthig erachtet werden, dies im Urtheile selbst auszusprechen.

Digitized by Google

Da nach der bisherigen Ausführung das angefochtene Erkenntniß eine wesentliche Abänderung erfahren mußte, so waren auch die Kosten dieser Instanz zu compensiren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen 1) Hermann Anton Rosemeyer Wittwe, Helene, geb. Schlodtmann zu Bremen, Klägerin, jetzt Appellantin, wider Hermann Theophilus Plate Wittwe, jetzt Gustav Adolph Rahe Ehefrau, Marie Amalie, geb. Rosemeyer daselbst, Beklagte, jetzt Appellatin und Adhärentin, so wie 2) Samuel Carsten Wilhelm Eisenhardt als Director der Neuen Sparkasse zu Bremen, Adcitatens, jetzt Appellantens, wider die genannte Klägerin, jetzt Appellatin, Herausgabe eines Sparkassenbuchs und beziehungsweise Arrest betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Formalien der von der Klägerin und dem Adcitaten eingeführten Appellationen für gewahrt zu achten, die Adhäsionsbeschwerden der Beklagten dagegen als unstatthaft zu verwerfen und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 10. Juni 1861 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern, daß der in solchem der Beklagten freigelassene Einredebeweis in Wegfall zu bringen und solchergestalt das Erkenntniß vom 10. September 1860 seinem ganzen Umfange nach wieder herzustellen sei.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden soweit sie durch die Appellation der Klägerin und die Adhäsion

Digitized by Google

der Beklagten entstanden sind, verglichen, dagegen Adcitat in die durch seine Appellation veranlaßten Kosten verurtheilt;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 24. Februar 1863.

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Entscheidungsgründe.

---

p. 2. I. Die Appellation der Klägerin und die Adhäsionsbeschwerden der Beklagten beziehen sich auf den zwischen diesen beiden Hauptpersonen des gegenwärtigen Prozesses ventilirten Anspruch auf das in den Acten näher bezeichnete Sparkassenbuch.

A. Der Zweifel, welchen die Beklagte und Appellatin
O. A. Ger.-Act. [20] p. 2
gegen die Erwachsenheit der Sache angeregt hat, ist unbegründet. Es ist zwar richtig, daß, wenn man bei Berechnung des dermaligen Werths des streitigen Sparkassenbuchs, über dessen Inhalt die Parteien im Wesentlichen einverstanden sind:
O. Ger.-Act. [15] vergl. mit [18]
die Totalsumme der ausbezahlten von derjenigen der eingelegten Gelder in Abzug bringt, nur Ld'or.ℳ 270 übrig bleiben.

p. 3. Dazu kommen aber noch

1) die von der Sparkasse dem Inhaber zu gut geschriebenen, von der Klägerin in [15] auf ℳ 95. 15 ß. berechneten

Zinsen, welche hier nicht eine Nebenforderung bilden, sondern als Theil des Hauptstuhls in Betracht kommen, so wie

2) die von der Beklagten erhobenen ℳ 80, deren Ersatz die Klägerin fordert;

so daß der Streitgegenstand die Appellationssumme von ℳ 300. —

Brem. Ger.-O. § 607, vergl. mit § 9,

um ein Beträchtliches übersteigt.

B. In Beziehung auf den Legitimationspunkt sind, noch in gegenwärtiger Instanz, zwei Fragen angeregt, nämlich:

1) ob die Beklagte nach ihrer Wiederverheirathung den Proceß ohne Assistenz ihres dermaligen Ehemannes fortzusetzen berechtigt sei: p. 4.

O. A. Ger.-Act. [5] p. 25.

2) ob der im Streit begriffene Anspruch, nachdem die Beklagte mit ihren Kindern erster Ehe abgetheilt, nicht auch gegen diese Letztere gerichtet, resp. die gegenwärtige Appellation auch gegen die Kinder introducirt werden müßte:

O. A. Ger.-Act. [20] p. 2—4.

Beide Punkte mußten indessen für rechtskräftig erledigt angesehen werden. Das Obergericht hat in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniß ausgesprochen, daß die Sachlegitimation der Beklagten in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht in Zweifel gezogen werden könne und dieser seiner Auffassung im Decis. I. dahin Folge gegeben, daß das Rubrum causae, wie im Eingang des Erkenntnisses geschehen — p. 5. also nur dahin abzuändern sei, daß die Beklagte als nunmehrige Ehefreu von Gustav Adolph Rahe bezeichnet wird. Hierin liegt eine Entscheidung über die beiden oben hervorgehobenen Punkte, die schon damals einen Gegenstand der Parteiverhandlungen gebildet hatten:

O. Ger.-Act. Prot. p. 8. u. [28]

in dem Sinne, daß es weder einer Zuziehung des dermaligen Ehemannes der Beklagten, noch einer formellen Betheiligung ihrer Kinder erster Ehe an dem gegenwärtigen Processe bedürfe. Die Parteien hätten, wenn sie mit dieser Entscheidung nicht

Digitized by Google

zufrieden waren, im ordnungsmäßigen Wege Beschwerde über dieselbe führen müssen. Dieß ist indeß nicht geschehen, vielmehr haben sich

p. 6. ad 1) die Beklagte stillschweigend, die Klägerin ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß der Ehemann der Ersteren zum gegenwärtigen Prozesse nicht hinzugezogen zu werden brauche:

O. Ger.-Act. [28] — O. A. Ger.-Act. [5] p. 25,

und es ist nicht einzusehen, warum das Ober-Appellationsgericht — wie an der zuletzt erwähnten Stelle beantragt wird — über diesen abgemachten Punkt noch einmal entscheiden soll. Was aber

ad 2) die Betheiligung der Kinder erster Ehe bei dem vorliegenden Rechtsstreite betrifft, so hat Beklagte gegen den ihre alleinige Sachlegitimation anerkennenden Ausspruch des Obergerichts weder appellirt, noch beziehen sich die als solche von ihr aufgestellten „Adhäsionsbeschwerden"

O. A. Ger.-Act. [20] p. 16. flg.

p. 7. auf diesen Punkt. Wollte man aber auch in dem pag. 3. 4. ibid. gestellten Petitum:

„die Rubrik auf die Kinder erster Ehe der Beklagten auszudehnen, resp. die Appellation, soweit sie die Antheile der Kinder betrifft, abzuweisen," —

weil sachlich auf eine Abänderung des Obergerichts-Erkenntnisses abzielend — eine weitere Adhäsionsbeschwerde finden, so würde diese doch unzweifelhaft unzulässig sein, da sie gegen Decis I. dieses Erkenntnisses angeht, die Beschwerden der Klägerin und Appellantin aber sich lediglich auf Decis. II. beziehen.

C. In der Sache selbst kommen zunächst die von der Beklagten in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Adhäsionsbeschwerden in Betracht. — Beklagte hat dieselben schon in voriger Instanz als gravam. adhaes. I. und II. vorgebracht.

p. 8. Vom Obergerichte sind sie verworfen, und wenn sie jetzt wiederholt werden, so liegt darin sachlich Nichts als eine Beschwerde über diese Verwerfung. Die letztere ist aber in einem anderen Theile des Erkenntnisses erfolgt, als demjenigen, worüber die Appellantin sich beschwert hat, und deshalb nach § 135 der

Digitized by Google

Ober-Appellationsgerichtsordnung die Adhäsion unzulässig. Es bildet nämlich das Decisum II. des Obergerichts-Erkenntnisses vom 10. Juli 1861 nicht Eine untrennbare Entscheidung, sondern enthält verschiedene Verfügungen über die einzelnen von den Streittheilen zur Hand genommenen Rechtsmittel. Nun findet sich freilich die Verwerfung der beiden ersten Adhäsionsbeschwerden in einem Zwischensatze derselben Periode ausgesprochen, in welcher die dritte Beschwerde für begründet erklärt wird, — welcher letztere Theil des angefochtenen Erkennt- p. 9.
nisses einen Gegenstand der von der Klägerin dahier eingeführten Appellation bildet. — Allein diese rein äußerliche und zufällige Disposition kann für Zulassung der Adhäsion in gegenwärtiger Instanz nicht entscheidend sein. Jener Zwischensatz enthält einen selbstständigen, zu dem übrigen Inhalte der Periode im Gegensatz stehenden Ausspruch, bildet also einen besonderen Theil des Erkenntnisses, und über diesen hat sich Klägerin nicht beschwert.

D. Die Appellationsbeschwerde der Klägerin bezieht sich theils auf die Verwerfung ihrer Revisionsbeschwerde, theils auf die Berücksichtigung, welche die dritte beklagtische Adhäsionsbeschwerde in voriger Instanz gefunden hat. Dieser letztere Theil der Beschwerde mußte, ohne daß auch hier auf die Materialien einzugehen war, für begründet erachtet werden. p. 10.

Nach der Bremischen Gerichtsordnung § 502 sind Adhäsionsbeschwerden nur gegen denjenigen Punkt der Entscheidung zulässig, gegen welchen das Rechtsmittel des anderen Theils gerichtet ist. Im gegenwärtigen Falle nun war das Obergericht, indem es die gesammten Verhandlungen des ersten Verfahrens einer Beurtheilung unterzog, in der Sache selbst zu dem im Decis. 5. des Erkenntnisses vom 10. September 1860 ausgesprochenen Ergebnisse gelangt, daß der Klägerin eine alternative Beweisauflage über das Eigenthum und die Gläubigerschaft ihres verstorbenen Ehemannes zu machen sei. Hierin lag ein Doppeltes:

a) Wenn Klägerin den einen oder anderen der ihr auferlegten Beweise erbringe, solle eine Verurtheilung der Beklagten p. 11.
erfolgen.

Digitized by Google

b) Wenn Klägerin weder den einen noch den anderen dieser Beweise liefere, so solle sie mit ihrer Klage abgewiesen werden.

Dies sind zwei von einander unabhängige Punkte. Dort ist ein zwiefaches Klagfundament als geltend gemacht und durchschlagend anerkannt; hier ist festgestellt, daß ein anderes, als diese beiden Klagfundamente in dem Vorbringen der Klägerin nicht zu finden oder doch jedenfalls nicht zu berücksichtigen sei.

Wenn nun Klägerin ihre Beschwerde voriger Instanz dahin aufgestellt hat, daß ihr nicht alternativ mit den beiden vom Obergerichte aufgestellten Beweissätzen noch gewisse andere, von
p. 12. ihr näher bezeichnete Beweise nachgelassen worden, so betraf diese Beschwerde offenbar nur den Punkt unter b. Klägerin wollte es bei jenen beiden, vom Obergerichte ihr auferlegten Beweisen belassen haben, und beschwerte sich nur darüber, daß nicht noch ein dritter Klagegrund als von ihr geltend gemacht und zutreffend, Berücksichtigung gefunden habe.

Dagegen sind die Adhäsionsbeschwerden der Beklagten nur darüber erhoben worden, daß der Klägerin überhaupt resp. so wie geschehen ein Beweis auferlegt und eventuell Grav. adhaes. III.), daß der Beklagten nicht wenigstens, der zweiten Beweisalternative gegenüber, ein Einredebeweis nachgelassen worden; sie betrafen also nur den Punkt unter a, der von der Klägerin zum Gegenstande einer Beschwerdeführung nicht ge-
p. 13. macht war.

Freilich hatte die Letztere am Schlusse der von ihr formulirten Beschwerden noch, anscheinend ganz allgemein, darüber gravaminirt, „daß das Obergericht nicht überall betreffs der der Klägerin freigelassenen Beweise anderweitig mehr zu Gunsten derselben erkannt habe.“ Allein dies kann der ganzen Motivirung nach und im Beihalte der am Schlusse der Revisionsrechtfertigung gestellten Bitte:

O. Ger.-Act. [23] p. 9,

nicht von einer beabsichtigten Abänderung der im Erkenntnisse vom 10. September 1860 aufgestellten Beweissätze, sondern nur dahin verstanden werden, daß Klägerin in eventum auch

mit anderen, als den von ihr speciell formulirten Beweis-alternativen, die ihr neben jenen bereits festgestellten Beweis-sätzen nachgelassen werden könnten, zufrieden sein wolle. Es p. 14.
wurde also auch durch diesen Schluß der Revisionsbeschwerde an dem hervorgehobenen Verhältnisse derselben zu den beklag-tischen Adhäsionsbeschwerden Nichts geändert.

Hiernach hätten sämmtliche Adhäsionsbeschwerden voriger Instanz als unstatthaft zurückgewiesen werden sollen und mußte dies hinsichtlich der dritten dieser Beschwerden, die beim Ober-gerichte Berücksichtigung gefunden hat, dem Antrage der Klägerin gemäß:

O. A. Ger.-Act. [5] p. 21. 22,

und da dieselbe der Zulässigkeit der Adhäsionsbeschwerden, wenn gleich aus einem anderen Grunde schon in voriger Instanz widersprochen hat:

O. Ger.-Act. [27].

jetzt noch ausgesprochen und demgemäß der der Beklagten in p. 15.
der angefochtenen Sentenz nachgelassene Einredebeweis wieder aufgehoben werden.

E. Es braucht dem Allen nach nur der erste Theil der klägerischen Beschwerde, der eine Wiederholung der in voriger Instanz aufgestellten Revisionsbeschwerde bildet, einer materiellen Prüfung unterzogen zu werden.

Das Obergericht hat, wie bereits bemerkt, angenommen und es steht rechtskräftig fest, daß die Klage begründet sei, wenn der Erblasser der Klägerin entweder Eigenthümer des streitigen Sparkassenbuchs gewesen ist, oder die darin verzeichnete Summe für sich belegt hat, weshalb über diese beiden Punkte Beweis auferlegt worden ist. Klägerin verlangt nun p. 16.

1) principaliter, daß ihr, in alternativer Verbindung mit diesen obergerichtlichen, noch folgende Beweise nachgelassen werden:

a) daß nicht die auf das fragliche Buch gemachten Ein-lagen zu einem dem jetzigen Guthaben bei der Sparkasse gleichkommenden Betrage aus, dem verstorbenen Ehe-

Digitized by Google

manne der Klägerin von der Beklagten behändigten und dieser gehörigen Geldern gemacht seien;

b) daß nicht der Beklagten oder einem Vertreter derselben, gegen Auszahlung des ersten in dem fraglichen Sparkassenbuch eingetragenen Postens an die Neue Sparkasse als Darlehen, das fragliche Buch eingehändigt sei;

p. 17. c) daß nicht die Beklagte die erste im fraglichen Sparkassenbuche verzeichnete Einlage der Neuen Sparkasse als Darlehn ausgezahlt habe.

2) eventuell die Gestattung des Beweises (ohne Zweifel ebenfalls alternativ mit den beiden obergerichtlichen Beweissätzen):

daß nicht Beklagte die im fraglichen Sparkassenbuche verzeichneten Einlagen oder einige derselben der Neuen Sparkasse als Darlehn ausgezahlt habe;

und erklärt sich

3) in ulteriorem eventum auch mit jeder sonstigen Fassung des ihr (alternativ mit den beiden obergerichtlichen Beweissätzen) nachzulassenden Beweises einverstanden.

p. 18. Vergl., was über die Bedeutung der höchst eventuellen Beschwerde unter D bemerkt ist.

Die diesen Beschwerden zu Grunde liegende, von der Klägerin in ihren verschiedenen Schriften, am deutlichsten in der Appellationsschrift gegenwärtiger Instanz

O. A. Ger.-Act. [5] p. 6. fg.

vertretene Auffassung ist im Kurzen folgende: Dem streitigen Sparkassenbuche komme die Natur eines Inhaberpapiers zu. Zur s. g. Vindication eines solchen Papiers gehöre, nach

Thöl, Handelsrecht § 55. sub. 2.
Unger, Inhaberpapiere § 21. (p. 147.)

daß der Kläger:

1) seine Legitimation durch Nachweisung seines früheren Besitzes darthue;

2) die in dem dermaligen Besitze liegende Legitimation
p. 19. des Gegners durch einen Gegenbeweis zerstöre.

Digitized by Google

Im vorliegenden Falle bedürfe es:

ad 1) keines Beweises mehr, da die Beklagte einen früheren Besitz des klägerischen Erblassers eingeräumt habe, und könne;

ad 2) der erforderliche Gegenbeweis schon dadurch geliefert werden, daß die Unwahrheit desjenigen Besitztitels, auf welchen die Beklagte sich berufen habe, nachgewiesen werde. — Daher die negative Fassung sämmtlicher von der Klägerin proponirten Beweisalternativen, deren Bedeutung durch die unrichtige Stellung des Worts „nicht“ einigermaßen verdunkelt wird.

Es bedarf indeß zur Entscheidung der vorliegenden Be- p. 20.
schwerde so wenig einer Beantwortung der Frage, ob und beziehungsweise in welcher Maaße den Sparkassenbüchern der Neuen Sparkasse zu Bremen die Qualität wahrer Inhaberpapiere zukomme, als eines näheren Eingehens auf die grundlose Unterstellung, daß der, nach jener an die Spitze gestellten Theorie erforderliche Gegenbeweis schon dadurch geliefert werden könnte, daß die Unwahrheit desjenigen Besitztitels nachgewiesen würde, auf welchen die Beklagte im gegenwärtigen Prozesse sich berufen hat. Denn das Ober-Appellationsgericht kann überhaupt der Theorie, in welcher die ganze Beschwerdeführung der Klägerin ihre Basis findet, nicht beitreten, muß vielmehr mit dem Ober- p. 21.
gerichte dabei stehen bleiben, daß für die Vindication von Inhaberpapieren, in Ermangelung particularrechtlicher, gerade diesen Gegenstand betreffender Bestimmungen, im Allgemeinen keine andere Grundsätze gelten, als für die Vindication beweglicher Sachen überhaupt:

Vergl. besonders Seuffert Archiv Bd. XIII. No. 56,
u. Goldschmidt Zeitschr. Bd. II. p. 546 flg.

Insbesondere kann die Ansicht, daß zur Legitimation des s. g. Vindicanten eines Inhaberpapiers schon der Nachweis eines früheren Besitzes genüge, als gemeinrechtlich begründet nicht anerkannt werden. Besitz als solcher ist kein Recht, sondern ein bloßes Factum, wirkt also auch nur so lange er dauert. Daß man einmal im Besitze gewesen ist, giebt, abgesehen von p. 22.
den interdicta recuperandae possessionis, kein Recht auf dessen

Digitized by Google

Wiedererlangung. Daß dies bei Papieren au porteur sich anders verhalte, ist nicht anzunehmen. Nur das ist diesen eigenthümlich, daß an das Factum des Besitzes eine besonders wichtige rechtliche Folge (die Legitimation zum Forderungsrechte) geknüpft ist.

Vergl. Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in Frankfurter Rechtssachen. (Sauerländer) 3r Bd. S. 165.

Die Natur des Besitzes hat sich darum nicht geändert. Er ist nicht zum Rechte geworden, welches, auch wenn das factische Verhältniß zu der Schuldurkunde aufgelöst ist, fortdauert und einen rechtlichen Anspruch auf dessen Wiederherstellung begründet. Hier bedarf es vielmehr der Nachweisung eines jus
p. 23. possidendi — eines dinglichen oder persönlichen Rechtes auf den Besitz.

Eine dem entsprechende Beweisauflage war der Klägerin schon im Obergerichts-Erkenntnisse vom 10. September 1860 gemacht; ihre Revisionsbeschwerde ist also mit Recht zurückgewiesen worden.

II. Die Appellation des Adcitaten ist wider den durch Verfügung des Obergerichts-Präsidenten vom 31. Decemher 1859

O. Ger.-Act. [6]

angelegten, durch das Obergerichts-Erkenntniß vom 10. September 1860 bestätigten Arrest gerichtet, bei welchen es, ungeachtet der gegen dieses Erkenntniß vom Adcitaten geführten Revisionsbeschwerde, die angefochtene Sentenz belassen hat. Die Arrestanlage mußte jedoch, im Wesentlichen aus den Gründen
p. 24. des Obergerichts

O. Ger.-Act. [22] unter 4,

für eine im vorliegenden Falle zulässige Sicherungsmaaßregel erachtet, und konnte insbesondere nicht anerkannt werden, daß der Adcitat dadurch zu etwas Unmöglichem oder auch nur zu solchen Leistungen verpflichtet werde, welche eine erhebliche Beschwerde oder Gefährdung mit sich führten. Durch eine Notirung der Arrestverfügung in demjenigen Buche oder denjenigen Büchern, welche vor einer Auszahlung, zum Behufe

Digitized by Google

der Entgegennahme der Kündigung resp. einer Zahlungsweigerung nach § 53 der „Gesetze der Neuen Sparkasse“

O. Ger.-Act. [16]

benutzt werden, wird der Besorgniß, daß die Sparkassenverwaltung unwissentlich dem Befehle zuwiderhandeln könne, vorgebeugt. So ergiebt sich denn auch aus dem, auf den Fall der Morti- p. 25.
fication eines verlorenen Einlegebuchs sich beziehenden § 64 der „Gesetze“, daß der Kassenführer factisch im Stande ist, dafür Sorge zu tragen, daß auf ein Sparkassenbuch keine Zahlungen geleistet werden, während der Vorbehalt, daß die Neue Sparkasse, wenn dies dennoch geschah, nicht hafte, hier, wo der Fall des § 64 nicht vorliegt, außer Betracht bleiben muß.

III. Da die Kosten der beiden vorigen Instanzen von Seiten der Hauptparteien keinen, von Seiten des Adcitaten nur in Consequenz seiner in der Haupsache aufgestellten Gravamina einen Gegenstand der Beschwerden bilden, mußte es bei den vom Obergerichte darüber getroffenen Verfügungen belassen werden. Ueber die Kosten gegenwärtiger Instanz war, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen, und konnte namentlich p. 26.
in der auf die Appellation der Klägerin erfolgten theilweisen Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses kein ausreichendes Motiv gefunden werden, von einer durchgängigen Compensation der durch diese Appellation veranlaßten Kosten Umgang zu nehmen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) J. Bremer,
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Gottfried Lucé zu Bremen, als Bevollmächtigten der See- und Flußversicherungs-Gesellschaft Pommerania, der Preußischen See-Assecuranz-Compagnie und der Actiengesellschaft für See- und Flußversicherungen Union zu Stettin, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider C. F. Lahusen zu Bremen, Klägern, jetzt Appellaten und Adhärenten, betreffend Assecuranz-Forderung, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 27. Januar 1862, wie hiemit geschieht, aufzuheben und dasjenige des Handelsgerichts vom 18. März 1861 wieder herzustellen sei.

Die Kosten der vorigen und die Hälfte der Kosten dieser Instanz werden compensirt, wogegen die andere Hälfte der letzteren dem Beklagten vom Kläger zu erstatten ist.

Und wird nunmehr die Sache an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. Februar 1863.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der zwischen den Parteien geschlossene Assecuranz-Contract leidet freilich an Unklarheit, gleichwohl kann, soweit es auf die Beurtheilung der gegenwärtig zur Entscheidung vorliegenden Streitfragen ankommt, kein Zweifel darüber bestehen, welche §§ der Bremischen Versicherungs-Bedingungen auf ihn zur Anwendung zu bringen sind. p. 2.

Sähe man nur auf den Inhalt der Police, so würde man eine Casco-Versicherung auf behaltene Ankunft, mit einer Taxe des Schiffes (Elbe) auf 10,000 ℛ anzunehmen haben. Denn nur hierauf führt der Wortlaut der Police hin und für die Annahme einer bestimmten anderen Versicherung, fehlt es an den dazu nöthigen Angaben. Der Beklagte hat indessen schon in erster Instanz erklärt;

> (Prot. pag. 2.) „Es seien 10,000 ℛ auf die „Elbe“ auf behaltene Ankunft gezeichnet.“ Das Casko sei p. 3.
> dagegen nicht versichert; und (Prot. pag. 6.) „Wenn um eine wirksame Condemnation wegen Höhe der Reparaturkosten eintreten zu lassen, der erforderliche Aufwand 75 Procent der Policen-Taxe betragen müsse, so finde dies hier keine Anwendung,“ denn die Elbe sei in der Police nicht taxirt. Hier trete die Bestimmung des § 33 ein „(wonach beim Fehlen einer Policentaxe der Werth des Schiffes nach der mit 75 ℛ für jede Roggenlast zu berechnenden Lastenzahl zu veranschlagen sei),“ so daß hier bei 88 Lasten ein Schiffswerth von 6600 ℛ angenommen werden müsse, und 75 Procent hiervon „4950 ℛ betragen.“

Digitized by Google

p. 4. Der Kläger stimmt der vorstehenden Auffassung im Allgemeinen bei, mit der alleinigen Abweichung, daß er die Anwendbarkeit des § 33 nicht zugiebt.

(Prot. pag. 14.) „Es komme hier auf den wirklichen Werth des Schiffes beim Beginn der Reise an, der weniger als 6600 ℛ betragen habe, so daß also auch 75 Procent weniger ausmache, als 4500 ℛ."

Die Parteien sind hienach über folgende Puncte einverstanden:

1) Nicht das Schiff bildete den Gegenstand der Versicherung, sondern ein anderes Interesse, über dessen Natur die Parteien es gleichwohl an Angaben haben fehlen lassen. Jenes Interesse begriff übrigens den Werth des Schiffes in sich.

2) Insofern es auf die Rechtsgültigkeit der Condemnation
p. 5. wegen der Höhe der Reparaturkosten ankam, gelten nicht die in der Police angegebenen 10,000 ℛ als Taxe des Schiffes, sondern der Werth desselben war anderweitig festzustellen.

(Hiebei bestand im Ferneren eine Differenz, indem, wie oben bemerkt, der Beklagte den § 33 zur Anwendung bringen, der Kläger auf den nachzuweisenden Werth des Schiffes bei dessen Abgang von Bremen zurückgehen wollte.)

3) Was in Betreff des Theils der gezeichneten 10,000 ℛ galt, welcher durch den Werth des Schiffes gebildet wurde, fand auch Anwendung auf den Ueberschuß jener Summe über den Schiffswerth. Dies ist freilich von den Parteien nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt worden, allein es liegt allen
p. 6. Ausführungen derselben zu Grunde, jedenfalls fehlt es an Angaben darüber, daß in Betreff des Ueberschußbelaufes nach gewissen anderen Grundsätzen, als nach den für den Schiffswerth bestimmenden zu entscheiden sei. Dafür, daß die beklagtische Zeichnung, soweit sie den Schiffswerth übersteigt „eine Versicherung ohne Interesse" und mithin ungültig sei, lag in dem Bisherigen Genügendes nicht vor; auch kommt es bei dem Ausfall der Entscheidung auf diesen Punct nicht an.

Anlangend insbesondere die Frage, welche §§ der Versicherungsbedingungen zur Anwendung zu bringen seien, so ist

Digitized by Google

dieſelbe dahin zu beantworten: zunächſt der § 24 nebſt dem in der Police beſonders genannten § 38; mittelbar die §§ 60 und 33.

Wegen der Anwendbarkeit des § 24 beſteht kein Streit. Auf ihn muß denn auch mit Nothwendigkeit zurückgegangen p. 7. werden, da die vorliegende Verſicherung „auf behaltene Fahrt“ und „nach den Bedingungen von 1854“ geſchloſſen worden iſt, folglich die in dieſen Letzteren, ſpeciell im § 24 ausgeſprochene nähere Darlegung des Sinnes einer ſolchen Verfügung für entſcheidend zu halten iſt. Darnach iſt aber im Falle dieſer Clauſel der Verſicherer nur dann zur Vergütung eines Schadens verpflichtet:

> wenn entweder das Schiff gänzlich verunglückt; oder wenn es durch Seeraub verloren geht, oder wenn es für gute Priſe erklärt wird, oder wenn es in einem Nothhafen nach ordnungsmäßiger Beſichtigung als der Reparatur unwerth condemnirt p. 8. worden iſt; oder endlich, wenn es verſchollen iſt.

Von dieſen Fällen ſoll hier der vierte, derjenige einer den Verſicherer verpflichtenden Condemnation vorliegen und ſchon hiernach würde mit Nothwendigkeit auf den § 38 einzugehen ſein, welcher die Beſtimmungen darüber enthält, unter welchen Vorausſetzungen der Verſicherer einen für ſeine Rechnung vorgenommenen Verkauf des Schiffes anzuerkennen habe. — Wenn der Kläger die Anwendbarkeit des § 38 beſtreitet, ſo iſt dies ſchon nach dem Vorbemerkten grundlos, vollends aber, weil, wie ſchon hervorgehoben, ausdrücklich in der Police geſagt iſt:

> „(Beim Totalverluſt des Schiffes oder) bei legaler Condemnation nach § 38 wird die verſicherte Summe p. 9. als Totalſchaden zum Vollen vergütet.“

Ueberdies hat die Verweiſung der Police auf den § 38 eine beſondere und gerade für den Kläger wichtige Bedeutung. Denn, käme für die Wirkung der Clauſel „auf behaltene Fahrt“ hier ausſchließlich der § 24, der § 38 aber nur mittelbar in Folge deſſelben zur Anwendung, ſo würde bei der engen Faſſung des erſteren nur Condemnation wegen Reparatur-Unwürdigkeit

Digitized by Google

zu Lasten des Beklagten in Betracht kommen, während nunmehr, da die Police noch speciell auf den § 38 und dadurch auf beide in ihm erwähnten Condemnationen, wegen Reparatur-Unwürdigkeit und Unmöglichkeit verwiesen hat, auch die Letztere, falls sie vorliegen sollte, den Beklagten verpflichten würde. —

p. 10. Uebrigens kann es nicht die Meinung der Contrahenten gewesen sein, daß auf die gezeichnete Summe nicht das Netto-Provenü des Schiffes, falls ein solches sich ergeben werde, in Abzug gebracht werden solle. Hiernach ist es ein übrigens vom Beklagten übersehener Mangel der Klage, daß nicht angegeben worden ist, ob und wie der Erlös des Schiffes (1216 M. Reis Portug. oder circa 1600 ℔) in Kosten aufgegangen sei, oder aus welchen anderen Gründen der Kläger dem Beklagten hiervon Nichts zu Gute bringe. Was den Inhalt der angezogenen §§ anlangt, so enthält der § 38 folgende hier in Betracht kommende Bestimmungen:

a) Die Condemnation eines Schiffes, weil es zur Fort-

p. 11. setzung der Reise unfähig ist — was hier von den beiden Fällen, der Reparatur-Unwürdigkeit und Unmöglichkeit zu verstehen ist — setze den Beweis voraus, daß solche Unfähigkeit von Unfällen herrühre, welche das Schiff auf der versicherten Reise erlitten habe.

b) Die Thatsache der Unmöglichkeit der Reparatur eines auf der versicherten Reise entstandenen Schadens in dem Nothhafen, in welchem das Schiff sich befindet, zugleich der Versegelung nach einem anderen, die Ausbesserung zulassenden Hafen, sowie, im Falle der behaupteten Reparatur-Unwürdigkeit der Umstand, daß die gehörig geschätzten Reparaturkosten für die auf der versicherten Reise erlittene und gemäß den „Bedingungen“ durch den Versicherer zu vergütende Beschädigung sich auf mindestens 75 Procent der Policen-Taxe belaufen, müssen

p. 12. genügend nachgewiesen sein, indem ohne dies die Condemnation als solche wirkungslos werde und der Havariefall als gewöhnlicher Partialschaden zu dispachiren und zu vergüten sei.

Diese Bestimmungen führen weiter auf den § 60 hin, in welchem Dasjenige, was unter der in § 24 verlangten

Digitized by Google

„ordnungsmäßigen Besichtigung“ (s. oben), und dem Nachweis des § 38 zu verstehen ist, insbesondere in der Richtung angegeben wird, daß der auf der letzten Reise entstandene und dem Versicherer zur Last zu bringende Seeschaden sorgfältig von den, dem Alter des Schiffes, dessen etwaigen sonstigen Mängeln, früheren Havarien und dergl., angehörigen Schäden separirt und abgesondert veranschlagt werden soll.

Endlich ist auch an der Anwendbarkeit des oben angezogenen § 33 hier nicht zu zweifeln. Da die Parteien die 10,000 ℛ p. 13. nicht als Taxe des Schiffes festgesetzt haben wollen, so liegt eine offene Police vor. Für diesen Fall bestimmt der so eben angezogene § das Schätzungsmaß in der oben angegebenen Weise. Der Kläger hat Nichts vorgebracht, weshalb diese Bestimmung hier keine Anwendung finden sollte.

Die gegenwärtig zur Entscheidung stehenden Streitpuncte selbst betreffend, so hat der Beklagte der auf die vorgelegten Declarationen der Schiffsmannschaft und die in Mayo abgefaßten Condemnations- und Verkaufsprotocolle gestützten Klage drei Einwendungen entgegengesetzt, von welchen keine der richterlichen Beurtheilung in dieser Instanz entzogen ist. Denn obschon das Handelsgericht eine derselben verworfen hat, ohne daß der Beklagte dawider Appellation an das Obergericht p. 14. ergriffen hätte, so steht ihm dies doch nicht hier entgegen. Denn er, welcher in erster Instanz einen vollständigen Sieg erlangte, konnte überhaupt nicht an die zweite Instanz appelliren, und stand es ihm sowohl im Obergerichte als in dritter Instanz frei, auf den vom Handelsgerichte ungünstig für ihn beurtheilten Punct zurückzukommen, wie solches vom Ober-Appellationsgerichte häufig auch in Bremischen Sachen

Erk. Januar 1856 Brand c. Lüpking

erkannt worden ist.

Jene Einwendungen sind folgende:

I. Nach den eigenen Vorlagen des Klägers treffe der Schaden die Assecuradeurs nicht, da (wie im Eingange des § 38 besonders angeführt sei) der Versicherer keine Verantwort-

Digitized by Google

p. 15. lichkeit dafür übernehme, wenn ein versichertes Schiff ohne äußeren Unfall leck oder sonst schadhaft werde.

II. Der Assecuradeur werde jedesmal dadurch von seiner Verbindlichkeit frei, wenn das Schiff, sei es die ursprünglich begonnene, sei es eine der Versicherung angehörige spätere Reise in seeunfähigem Zustande antrete. Dies sei hier — und zwar nach den eigenen Angaben des Schiffers — damals geschehen, als die Elbe von St. Antonio in lecker, reparaturbedürftiger Beschaffenheit nach Sal unter Segel ging.

III. Die Condemnation in Mayo gehe eventualiter den Beklagten nicht an, denn

a) Mayo sei kein Nothhafen.

b) Es habe an einer ordnungsmäßigen Besichtigung gefehlt.

c) Es fehle in Betreff eines jeden der beiden Gründe,

p. 16. welche die Condemnation hätten rechtfertigen können, und sie hier rechtfertigen sollten, der Unmöglichkeit der Reparatur und der Reparatur-Unwürdigkeit, an den erforderlichen Beweisen.

Wenn es für das schließliche Ergebniß auf den unter

I. berührten Punct ankäme, so würde freilich dem Beklagten darin beizutreten sein, daß nach der angezogenen Bestimmung des § 38, von welcher der § 39 eine nochmalige Anwendung enthält, ein äußerer Unfall, oder äußere Unfälle angegeben, und erforderlichen Falles bewiesen werden müßten, welche als Ursache des Leckwerdens des Schiffes angesehen werden könnten, daß ferner die bisher vorgelegten Beweisstücke in dieser Beziehung Genügendes nicht enthalten; allein dies könnte nicht

p. 17. zur Abweisung des Klägers führen, welchem vielmehr hier Beweisführung unter Mitbenutzung des bereits Beigebrachten zu verstatten sein würde. — Von einer Beweis-Auflage war aber sowohl hier, als

II. in Betreff des Punctes abzusehen, daß es, wie der Kläger behauptet und das Obergericht ihm zu beweisen injungirt hat, unmöglich gewesen sei, den bereits in San Antonio vorhandenen und wahrgenommenen Leck daselbst zu repariren, sowie es auch keiner Entscheidung über die Beschwerden bedurfte,

Digitized by Google

welche die Parteien eventuell in Beziehung auf das Versegeln von Antonio nach Sal erhoben haben; und zwar dies weil

III. wegen Unverbindlichkeit der zu Mayo ausgesprochenen Condemnation des Schiffes sofort auf Abweisung des Klägers zu erkennen ist.

Die Auffassung der früheren Richter ist folgende gewesen.

Die erste Instanz sprach sich hier zu Gunsten des Beklagten aus, wenngleich sie die abweichende Entscheidung auch schon auf die zweite Einrede (Versegeln von San Antonio im unreparirten Zustande) gestützt hatte. Sie achtete die Mayo-Vorgänge und Documente in beiden in Betracht kommenden Beziehungen, sowohl insofern auf die Unmöglichkeit der Reparatur, als auch auf die Reparatur-Unwürdigkeit des Schiffes zu sehen sei, für ungenügend. Es fehle an jeder Angabe der Schäden, sowie auch gänzlich an einer Taxation derselben, ferner an der Nachweisung, daß sie von Unfällen der versicherten Reise herrührten; endlich finden sich in Betreff der absoluten oder relativen Unmöglichkeit der Reparatur nur allgemeine und unbewiesene Anführungen. Auch liege die Unmöglichkeit klar vor, das Versäumte nachträglich zu liefern. p. 18. p. 19.

Das Obergericht ist dieser Auffassung insofern beigetreten, als die Condemnation durch die Höhe der Reparaturkosten nicht habe gerechtfertigt werden können. Dagegen hat Es in Betreff des Fundamentes der Reparatur-Unmöglichkeit weiteren Beweis für zulässig gehalten und zwar den Kläger zur Beweisführung zugelassen,

> daß der Zustand des Schiffes in Mayo eine Versegelung von dort nicht gestattet habe, auch die Herstellung des Schadens in Mayo unmöglich gewesen, und die Elbe daselbst condemnirt worden sei,

wohinzu noch die Copulative kommt,

> daß das Schiff durch Seeunfälle leck geworden sei, in dem Maaße, daß es die Insel Mayo habe anlaufen müssen. p. 20.

Hiegegen haben beide Parteien Beschwerde erhoben. Der Beklagte, daß nicht die absolutorische Entscheidung des

Handelsgerichts beibehalten worden sei; der Kläger, daß das Obergericht ihn nicht auch in Betreff der Reparatur-Unwürdigkeit zur Beweisführung dahin zugelassen habe,

daß die Reparaturkosten in Mayo für die auf der versicherten Reise erlittene Beschädigung mindestens 75 % des Werthes, welchen das Schiff bei Antritt der Reise in Bremen besaß, event. wenigstens des
p. 21. Werthes, der sich nach § 33 ergebe, (75₰ per Roggenlast,) betragen haben würden.

Der erste hier in Betracht kommende, vom Beklagten bestrittene Punct,

a) ob Mayo als Nothhafen anzusehen sei? ist unbedenklich zu Gunsten des Klägers aufzufassen. Wie dürftig auch die von der Schiffsmannschaft auf Mayo belegte Verklarung erscheint, so viel geht doch aus ihr hervor, daß bei der Fortsetzung der von San Antonio nach Sal unternommenen Fahrt eine Gefährdung für Schiff, Ladung und Besatzung angenommen worden ist, und daß deßhalb Capitain Frerichs sich entschlossen hat, zur Vermeidung jener Gefahr, so wie zum Zwecke der Ausbesserung des Schiffes — wenigstens hat er dies angegeben, und das Gegentheil ist nicht als besondere Einrede geltend gemacht, jedenfalls nicht bewiesen, — außer-
p. 22. ordentlicher Weise statt des Bestimmungsortes des Schiffes, einen anderen Platz anzulaufen. Eines Mehreren bedarf es nicht, um die Nothhafen-Qualität des gewählten Platzes in Gewißheit zu bringen.

Dagegen muß zu Gunsten des Beklagten die Frage

b) ob eine ordnungsmäßige Besichtigung vorliege?

mit dem Handelsgerichte verneint werden, woraus sich dann weiter die Wirkungslosigkeit der Condemnation ergiebt.

Gegen die Bestellung und die Personen der Sachverständigen hat der Beklagte nichts eingewendet, auch ist in Betreff dieses Punctes der Vorschrift des § 61 entsprochen. Dagegen ist, die Besichtigung und Begutachtung selbst anlangend, den
p. 23. bezüglichen Bestimmungen des § 60 keine Genüge geleistet.

Digitized by Google

Ob den Sachverständigen vorgeschriebenermaße das Schiffsjournal und die Verklarung vorgelegt worden sind, ersieht man aus den Havarie-Papieren nicht; dieser Punkt bedarf indessen einer weiteren Würdigung eventuell Ermittelung nicht, da die jedenfalls wesentliche Rücksichtnahme darauf,

> „daß nur der auf der letzten Reise entstandene Seeschaden veranschlagt werde, nicht aber eine sonstige Schadhaftigkeit, — die dem Alter des Schiffes, der Fäulniß oder dem Wurmfraß zuzuschreiben sei, oder aus Unterlassung der Reparatur eines früheren Seeschadens herrühre,"

ferner darauf,

> „daß die Herstellungskosten des Seeschadens und diejenigen der sonstigen Mängel getrennt und erstere p. 24.
> specificirt angegeben werden müssen,"

gänzlich aus den Augen gelassen worden ist. Die Aussprüche der Sachverständigen beschränken sich auf folgende allgemeine und unzureichende Sätze:

(1. Gutachten Handelsg.-Act [7] p. 8.)

> „das Schiff mache wirklich bedeutend Wasser."

(2. Gutachten, daselbst p. 20.)

> „die Ladung sei gut gestauet; die an derselben sich vorfindende Beschädigung rühre von Seewasser her, dessen Eindringen dem schlechten Zustande des Schiffes zuzuschreiben sei."

(3. Gutachten daselbst p. 29.)

> „Das Schiff befinde sich in einem solchen Zustande, daß es den Hafen nicht verlassen könne. Ebensowenig p. 25.
> könne es auf der Insel ausgebessert werden, denn selbst, wenn die zur Reparatur nöthigen Materialien vorhanden wären, würden doch die Kosten den Werth des Schiffes nach der Reparatur übersteigen."

Der Wortlaut dieser Erklärungen, von denen im Protocolle ausdrücklich bemerkt worden ist, daß sie alles enthielten, was von den Sachverständigen ausgegangen sei, stellt es außer Zweifel, daß den Anforderungen der §§ 38 und 60 nicht genügt

Digitized by Google

worden ist. Es ist nicht einmal hergestellt, welche Schäden sich überhaupt an dem Schiffe befunden haben, noch weniger ist die Untersuchung darauf gerichtet worden, welche dieser Schäden als Folgen der auf der letzten Reise vorgekommenen
p. 26. Unfälle anzusehen seien, und endlich fehlt es an der specificirten Schätzung der Herstellungskosten derjenigen Schäden, welche als den Versicherern zur Last kommend anzunehmen seien.

Die specielle Ermittelung der Schäden, welche als Folgen der Unfälle der letzten Reise zu betrachten gewesen, ist nun aber nicht etwa nur insofern es sich um die Reparatur-Unwürdigkeit handelt, als nothwendig anzusehen, sondern dies gilt auch mit Rücksicht auf die Reparatur-Unmöglichkeit. Denn, wenn es auch im Allgemeinen einer verschiedenen Auffassung fähig ist, ob absolut jede in einem Nothhafen nach Havariirung des Schiffes sich zeigende Reparatur-Unmöglichkeit dem Assecuradeur zu Last kommt, oder nur diejenige, welche speciell in
p. 27. Betreff solcher Schäden besteht, für welche derselbe zu haften hat,

Nolte (Benecke) Bd. 2. S. 500 f.

so ist es doch gewiß, daß den Bremischen Bedingungen die Letztere dieser Annahmen zu Grunde liegt. Der § 38 hebt es wiederholt hervor, daß, um im Falle einer Condemnation wegen Reparaturunfähigkeit einen Anspruch an den Versicherer zu begründen,

> „zu erweisen sei, daß solche Unfähigkeit von auf der versicherten Reise erlittenen Unfällen herrühre,"

ferner, daß

> „die Unmöglichkeit der Reparatur eines auf der versicherten Reise entstandenen Schadens genügend nachgewiesen werden müsse,"

und dem entsprechend ist auch der zweite Absatz des § 60 gefaßt.
p. 28. Hiernach kann es

c) nur noch darauf ankommen, ob der Mangel der Beweise hier zur Abweisung der Klage führe, oder ob der Beklagte sich noch auf anderweitige Beweisführungen einlassen müsse.

Digitized by Google

Letzteres ist zu verneinen. Die Beweisaufnahmen, welche die angezogenen §§ der Bedingungen anordnen, sind das conventionelle, und den Umständen nach, wenn nicht sofort gehörig vorgenommene, später nicht zu ersetzende Herstellungsmittel des in Frage stehenden Bestandes. Das, was bei ordnungsmäßiger Behandlung der in Rede stehenden Angelegenheit sich sofort, wenn auch nicht immer mit völliger Sicherheit, doch so weit, wie überhaupt thunlich, aus den alsdann vorliegenden Umständen, insbesondere aus der Beschaffenheit des Schiffes wahrnehmen, und durch p. 29.
Anwendung sachkundigen Urtheils weiter schließen läßt, kann bei verändertem Bestande, insbesondere, wenn das Schiff, der eigentliche Gegenstand der Beurtheilung überhaupt nicht mehr, oder doch nicht mehr in dem damaligen Zustande vorhanden ist, nicht nochmals ermittelt und festgestellt werden. Der Versicherer, welchem die Möglichkeit des Gegenbeweises und der Controlle der von dem Versicherten etwa neu aufzustellenden Beweismittel meistens ganz entzogen sein würde, käme in eine, dem Sinne der contractlichen Bestimmungen und der Billigkeit widersprechende, höchst ungünstige Stellung, wenn man dem Versicherten hier verstattete, die Mängel des Verfahrens durch nachträgliche Beweisführung auszugleichen.

Ueberdies ist für den Fall der Versicherung „*auf behaltene Fahrt*“ im § 24 die Condemnation ausdrücklich nur in p. 30.
dem Falle für verpflichtend in Beziehung auf den Versicherer bezeichnet worden, wenn sie

„nach ordnungsmäßiger Besichtigung“

ausgesprochen worden ist, worin eine Bestätigung der obigen Auffassung, wenn nicht allgemein, dann doch für den Fall der Benutzung obiger Clausel liegt. — Und auch der zweite und dritte Absatz des § 38 sind in demselben Sinne zu verstehen. Nach dem Letzteren wird insbesondere der Mangel der nöthigen Beweise dem Unterbleiben der möglichen Reparatur in der Wirkung gleich gestellt, und zwar *die* Folge daran geknüpft, daß von der Condemnation ganz abzusehen und der auf der letzten Reise erlittene Schaden (als Partial-Havarie) zu dispachiren und zu vergüten sei. p. 31.

Digitized by Google

Fällt aber in vorliegender Sache die Condemnation hinweg, und wird dadurch der Totalschaden zum Partialschaden, so muß hier, wo es sich um eine Versicherung „auf behaltene Fahrt" handelt, nach § 24 der Beklagte völlig absolvirt werden.

Hierdurch erledigt sich zugleich der von dem Kläger replicando nachgeschobene eventuelle Klage-Antrag, daß der Beklagte in den Schaden verurtheilt werde, welchen der Kläger in Folge der Condemnation erlitten habe, und dessen Liquidation ihm aufzulegen sei; welchem Klageantrage gegenüber der Beklagte schon duplicando (Prot. p. 20) mit Recht auf den § 24 sich berufen hat.

Somit mußte auf Wiederherstellnng des Handelsgerichts-Erkenntnisses erkannt werden.

Anlangend die Kosten, so waren diejenigen der ersten
p. 32. Instanz, wie auch vom Handelsgerichte geschehen, dem Kläger zur Last zu bringen; diejenigen der Obergerichts-Appellation waren zu compensiren, und die Kosten der gegenwärtigen Instanz bei dem Ungrunde der Adhäsion und wegen Grundes der Appellation zur Hälfte zu compensiren, in die andere Hälfte war der Kläger zu condemniren.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Ernſt Ludwig Theodor Klingenberg in Bremen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Johann Heinrich Ehntholt daſelbſt, Beklagten, jetzt Appellaten, Honorarforderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutſchlands auf erfolgte Actenverſendung für Recht:

daß die Förmlichkeiten des vom Kläger eingewendeten Rechtsmittels der Appellation wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Stadt Bremen de publicato 8. September 1862

[37] der Obergerichtsacten T. 5. [212] K. 1.

gewahrt ſind; auch Materialien anlangend es bei dem angefochtenen Erkenntniß, welches das Urtheil vom 17. Februar 1862 lediglich beſtätigt, nicht durchaus zu belaſſen, vielmehr

I. der dem Verklagten auferlegte Reinigungseid iſt im zweiten Satze dahin zu formuliren:

daß außer den von ihm, dem Verklagten, als durch den Kläger geliefert zugeſtandenen und als ſolche in [8] aufgeführten Arbeiten der Kläger keine der angegebenen zwanzig Modelle von Putz oder Pappe für Formſteine und Eiſentheile zu den Häuſern quaestionis, oder wie viele er nicht geliefert habe;

daß mit des Verklagten Wiſſen und Genehmigung vom Kläger weder andere als die eingeräumten Eiſenarbeiten und Schloſſerarbeiten beſtellt, noch deren Ausführung von ihm beaufſichtigt, eventuell welche von jenen Arbeiten nicht beſtellt worden ſeien;

Digitized by Google

daß Kläger die Construction der Dächer nicht angegeben und deren Ausführung nicht geleitet habe;

daß er die Ausführung der Tischlerarbeiten nicht, oder welche er nicht geleitet habe, auch zur Bestellung der zu dem fraglichen Bau verwandten geschliffenen Backsteine (Terracotten) nicht fünf Reisen und überhaupt nicht mehr als eingeräumt auf je einen oder anderthalb Tage habe machen müssen.

II. Nach Ableistung dieses Eides ist der vom Kläger zu decis. 1 b. der zweiten Alternative des Erkenntnisses vom 22. April 1861 [8] actor. angetretene Beweis durch Sachverständige weiter zu instruiren, worauf weiter ergeht, was Rechtens ist.

III. Das Erkenntniß über die Kosten erster Instanz ist bis zum definitiven Erkenntniß auszusetzen.

IV. Im Uebrigen wird die sententia a qua, wie hiemit geschieht, bestätigt.

V. Die Kosten dieser so wie voriger Instanz hat Kläger zu drei Vierteln, Verklagter zu einem Viertel zu tragen, bezüglich zu erstatten;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. März 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Auf Antrag des Appellanten wurde der Versendung der Acten zum Spruch durch Bescheid des O.-A.-Gerichts vom 27. November 1862 stattgegeben und dieselben durch Verfügung p. 2.
vom 3/10. Januar d. J. Unserer von keiner Seite verbetenen Spruchstelle

[1] der O.-A.-Ger.-Act. S. 5.

übermittelt.

Durch das Erkenntniß des Obergerichts zu Bremen de publ. 22. April 1861

[8] der Act. des O.-Ger.

wurde erkannt, daß dem Kläger obliege zu beweisen: entweder

a. daß er im Auftrage oder doch mit Genehmigung des Verklagten die Leitung und Beaufsichtigung des ganzen Baues sowohl in dessen äußerer als auch innerer Einrichtung der außer der Schleifmühle sub No. 24. 25. belegenen Häuser des Verklagten als Architect des ganzen Baues ausgeführt habe und

b. daß das ihm als Architecten für den ganzen Bau der gedachten beiden Häuser gebührende Honorar angemessen auf p. 3.
$3\frac{1}{2}$ pCt. der Bausumme der Häuser zu berechnen sei: — oder

a. daß außer den von dem Beklagten als durch den Kläger geliefert zugestandenen Arbeiten, nämlich der Anfertigung aller Zeichnungen zu dem Bau der gedachten Häuser auch für deren innere Einrichtung und deren Treppen und Leitung des Baues der Facade mit allem Zubehör derselben insbesondere der Facadefenster und Thüren und der Loggia in der Facade, so wie Bestellung der Facadefenster und Thüren der eisernen Treppe und des Eisenwerks an der Facade bei hiesigen, der zu

Digitized by Google

dem Bau erforderlichen Rohsteine bei einem in Hannover wohn-
p 4. haften Lieferanten — der Kläger zwanzig Modelle von Holz oder Pappe für Formsteine und Eisentheile zu den Häusern quaest. geliefert und mit des Verklagten Wissen und Genehmigung alle Eisenarbeiten bestellt und deren Ausführung beaufsichtigt, die Construction der Dächer angegeben und deren Ausführung so wie die Ausführung der Tischlerarbeiten geleitet, auch zur Bestellung der zu dem fraglichen Bau verwandten geschliffenen Backsteine (Terracotten) fünf Reisen nach Hannover je auf einen oder anderthalb Tage (statt der vom Verklagten eingeräumten Reisen) habe machen müssen und

b. daß für diese Arbeiten des Klägers die berechnete Summe von 630 ℳ eine angemessene Vergütung sei.

[8] der Acten des Oberger.

p. 5. Kläger hat diese beiden ihm alternativ nachgelassenen Beweise rechtzeitig angetreten,

[10] daf.

Verklagter desgleichen den ihm vorbehaltenen Gegenbeweis.

[15] ebendaf.

Nachdem die hier denominirten Zeugen vernommen waren, erkannte das Obergericht durch Bescheid de publ. 17. Febr. 1862

[32] ebendaf.

daß die dem Kläger in dem Decret vom 21. April 1861 auferlegten Beweise sub a. im deciso 1. zwar für einigermaßen jedoch nicht bis zur Hälfte geführt zu erkennen und daher dem Verklagten aufzugeben sei, einen Reinigungseid abzustatten:

daß Kläger nicht . . . . die Leitung des ganzen Baues . . . . als Architect ausgeführt habe, und

p. 6. daß außer den von ihm, dem Verklagten, zugestandenen Arbeiten der Kläger zwanzig Modelle von Holz oder Pappe für Formsteine und Eisentheile zu den Häusern quaest. nicht geliefert und nicht mit des Verklagten Wissen und Genehmigung alle Eisenarbeiten und alle Schlosserarbeiten bestellt, noch deren Ausführung beaufsichtigt, die Construction der Dächer angegeben und deren Ausführung so wie die Ausführung der Tischler-

Digitized by Google

arbeiten geleitet habe, auch zur Bestellung der zu dem fraglichen Bau verwandten geschliffenen Backsteine (Terracotten) nicht fünf Reisen nach Hannover auf einen oder anderthalb Tage habe machen müssen.

Würde der Verklagte diesen Eid leisten, so sei der Kläger p. 7. mit der erhobenen Klage abzuweisen und in die Kosten des Processes zu verurtheilen.

Gegen dieses Erkenntniß legte Kläger das Rechtsmittel der Revision ein, es wurde aber dasselbe durch Urtheil des Obergerichts de publ. 8. September 1862 lediglich bestätigt.

[37] der Acten des Oberger.

Hiergegen wurde unterm 19. September, also rechtzeitig Appellation eingelegt,

[38] das.

unterm 30. October die Appellationsrechtfertigungsschrift, unterm 24. November die Appellationseinredeschrift präsentirt.

[1] und [9] der O.-A.-Ger.-Acten.

Am 2. Januar gegenwärtigen Jahres wurde zur Inrotulation der Acten geschritten.

Die gegen das angefochtene Urtheil vorgebrachten dreizehn p. 8. Beschwerden lassen sich auf folgende zurückführen:

I. Zuvörderst beschwert sich Kläger darüber, daß der Beweis der ersten Alternative Punct a. des Erkenntnisses vom 22. April 1861 nicht als vollständig, eventuell bis zum Ergänzungseid geführt erachtet wurde, und daß nicht Instruction der Sachverständigen zu b. der ersten Alternative erkannt wurde. (grav. II.)

Kläger stützt sich darauf, daß nach feststehender Bremischer Praxis — die mit dem gemeinen Recht hierin übereinstimmt — ein classischer Zeuge einen halben Beweis liefert; im Fall eines halben Beweises aber nach der Vorschrift der Bremer Gerichtsordnung § 264, die ebenfalls hierin mit der gemeinen Meinung übereinstimmt,

Malblanc doctr. de jure jurando § 73 No. 329. p. 9.

Wetzell Civilproceß S. 170. Anm. 10.

der Kläger zum Erfüllungseid zuzulassen ist. Der Zeuge Maurermeister Müller sei nun von beiden Theilen denominirt

Digitized by Google

also seine Unverdächtigkeit unzweifelhaft. Seine Aussage genieße zudem im vorliegenden Falle besondere Glaubwürdigkeit, da es sich um eigene Handlungen handle, inwieweit derselbe bei Ausführung des Baues Beihülfe und Rath des Klägers genoß.

Dieser Zeuge (test. prob. 2.) deponirt aber:

Kläger sei der Architect des Baues gewesen, habe dem Zeugen die Zeichnungen geliefert, wonach Zeuge zu bauen gehabt und die sich auf die innere Einrichtung
p. 10. des Hauses bezogen haben. Während der Ausführung sei Kläger zu Anfang wenig zur Beaufsichtigung erschienen, bei der Ausführung der Facade aber fleißig tagtäglich.

art. prob. 3.

Diese Aussage des Zeugen Müller werde durch andere Aussagen von unverdächtigen Zeugen noch unterstützt, namentlich durch das Zeugniß des Schlossermeisters Bruns (test. prob. 3.),

art. prob. 3, u. a. a. O.

des Eisenfabrikanten Osenbrück (test. 5.),

art. prob. 3.

endlich durch das Zeugniß des ebenfalls von beiden Parteien vorgeschlagenen, unverdächtigen Zeugen Polier Weber (test. prob. 1.)

art. prob. 3.

Prüft man indessen die Aussagen dieser Zeugen näher und
p. 11. im einzelnen, so ergiebt sich, daß sie keineswegs so unbedingt günstig für den vom Kläger zu führenden Beweis lauten, als dies auf den ersten Blick scheint.

Was nämlich vor allem den Umstand betrifft, daß Kläger im Auftrag und mit Genehmigung des Verklagten den Bau leitete, so ist hierfür die Aussage des Zeugen Müller vorhanden, welcher ad art. 3 interrog. spec. 3 erklärt, „es stehe in Zeugens Contract mit dem Verklagten, daß Kläger als Architect die Aufsicht habe.“ Eine solche Erklärung des Verklagten einem dritten gegenüber könnte, wie auch das Obergericht annimmt, für die Existenz eines Contractes zwischen Kläger und Verklagten nur eine nicht ungewichtige Anzeige,

Digitized by Google

keineswegeſ einen directen Beweis bilden. Indeſſen iſt hierauf weniger Gewicht zu legen, weil wenn ſich in der That ergäbe, p. 12.
daß Kläger factiſch unter den Augen des Verklagten die Leitung des ganzen Baues als Architect geführt habe, die Genehmigung des Verklagten, der dies ohne Widerſpruch hätte geſchehen laſſen, eine Thatſache wäre, die auch bei noch geringeren Anzeigen zu präſumiren wäre.

Aber gerade dieſe Leitung des ganzen Baues iſt nicht gehörig erwieſen.

Der mehrerwähnte Zeuge Müller ſelbſt ſagt aus: „bei den Grundarbeiten ſei Kläger wenig oder vielleicht gar nicht geweſen.“

depos. ad art. reprob. 5.

Ebenſo erklärt der Polier Weber, „die erſte Zeit ſei Kläger wenig dageweſen, in der letzten Zeit ſei er mehr erſchienen.“

depos. ad art. prob. 3. test. 1. p. 13.

ad art. reprob. 3. test. 2.

Es iſt aber einleuchtend, daß es die Aufgabe des Architecten des ganzen Baues iſt, gerade auch bei den erſten Arbeiten, von denen die Sicherheit des Baues mehr oder weniger abhängig iſt, beaufſichtigend und leitend gegenwärtig zu ſein.

Ferner erklärt Zeuge Müller auf das interrog. 2. ad art. 3: „er wiſſe nicht, ob Kläger die Arbeiten des Blechenſchlägers Baldewein, des Aſphaltarbeiters Mähl, des Malers Ratien, des Schloſſers Höper, der Tiſchler Schnakenberg und Dieckmann und Glaſers Oswald, und Schloſſers Brandt, des Dachdeckers Wachsmuth beſtellt und beaufſichtigt habe. Seine, des Zeugen Arbeit habe er beaufſichtigt. Der Architect des ganzen Baues hat aber natürlich p. 14.
nicht nur die Arbeiten des Maurermeiſters zu überwachen, ſondern auch die übrigen Handwerker, insbeſondere Zimmermeiſter, Schloſſermeiſter, Tiſchlermeiſter. Wenn alſo der Zeuge von der Ueberwachung dieſer Perſonen nichts weiß, ſo kann er nicht bezeugen, Kläger ſei factiſch Architect des ganzen Baues geweſen, oder er verbindet mit dieſen Worten nicht den richtigen Begriff.

Digitized by Google

In gleicher Lage befindet sich der Polier Weber und der Schlossermeister Bruns. (test. 1. u. 2. l. c.)

Schon nach diesen Aussagen wird es wahrscheinlich, daß die Handwerksleute, mit denen Kläger häufig verkehrt und deren Arbeiten er leitete, insbesondere Maurermeister Müller und
p. 15. Polier Weber die Idee gewonnen, Klingenberg sei Architekt des ganzen Baues gewesen, ohne daß sie sich darüber klare Rechenschaft zu geben im Stande waren, was hierzu gehört; daß sie also mehr ihre individuelle Anschauung als ein allseitig in den Thatsachen begründetes Urtheil mittheilen.

Dies aber wird noch sehr dadurch unterstützt, daß der test. prob. 9. Johann Schnackenberg, Tischlermeister, aussagt art. prob. 10:

> Zeuge könne nur über die Tischlerarbeiten, die er zu dem Bau geliefert, aussagen. Seine, des Zeugen Arbeiten seien von dem Baumeister Müller bestellt und mit dem Kläger sei er nicht weiter in Berührung
> p. 16. gekommen als insofern, daß Kläger die Zeichnungen zu Gußverzierungen, welche an den Fenstern angebracht werden sollten und wofür Zeuge das Modell machen sollte, gemacht und dem Zeugen behändigt habe.

In gleicher Weise erklären der Gegenzeuge Köster (test. reprob. 3.), welcher Zimmerarbeiten lieferte, der Zeuge Dieckmann (test. reprob. 9.), welcher wie Schnackenberg (test. reprob. 8.) Tischlerwaaren lieferte, die Zeugen Höper und Wachsmuth, denen die Schlosserarbeiten anheimfielen (test. reprob. 10 et 12), daß ihre Arbeiten nur vom Maurermeister Müller, nicht vom Kläger bestellt seien.

depos. test. reprob. 8. 9. 10. 11. 21. 22.

Demgemäß kann nicht angenommen werden, daß die Aus-
p. 17. sage des Zeugen Müller genüge, um den Beweis des Klägers zur Hälfte zu erbringen, da dies nur dann der Fall wäre, wenn dessen Aussagen innerlich vollständig mit einander harmonirten, und wenn sie nicht mit dem Zeugniß anderer Zeugen in Widerspruch ständen.

Digitized by Google

Ist demnach das Gravamen des Klägers in dieser Hinsicht nicht als begründet zu erachten, so beschwert er sich doch mit Recht darüber, daß in der sententia a qua als Motiv zur Verwerfung seines Gravamen angeführt wird:

„Da dieser von den Parteien in der gegenwärtigen Instanz in Bezug genommene Contract, welcher sich in der Acte des Obergerichts Schmalhausen c. Müller sub 11 befindet und vom Obergericht von Amtswegen eingesehen worden ist, an seinem Schlusse p. 18
die Bestimmung enthält, daß Müller nach der in demselben befindlichen (sehr ausführlichen) Beschreibung und den von dem Architecten Klingenberg angefertigten Zeichnungen die Häuser herzustellen habe, (was Verklagter auch für richtig erklärt hat), während im Uebrigen der Kläger in dem beregten Baucontract gar nicht erwähnt ist."

Allerdings hat der Verklagte in seiner Revisionseinredeschrift die Einsicht dieses Contractes gefordert, der, wie er angab, sich beim Obergericht befand. Aber dies konnte das Obergericht sicher nicht berechtigen, einer Urkunde zum Nachtheil des Klägers Beweiskraft zuzuschreiben, die im vorliegenden Processe nicht p. 19.
producirt ist, die niemals dem Kläger zur Einsicht vorgelegt wurde, über deren Echtheit und Vollständigkeit dieser sich nicht äußern konnte. Dieses Motiv des Obergerichts ist daher als durchaus unfundirt zu erachten, vielmehr so zu erkennen, als wenn von der fraglichen Urkunde im vorliegenden Proceß niemals die Rede gewesen wäre. Einer Einsicht und etwaigen Requisition der angezogenen Acten, wie sie der Kläger und der Verklagte fordern, bedarf es nach den angeführten Gründen in keiner Art.

II. Der Kläger gravaminirt weiter dagegen, daß der sub 1. a. der zweiten Alternative dem Kläger aufgelegte Beweis nicht ganz oder theilweise als geführt, eventuell als bis zum Erfüllungseide geführt erachtet ist, (grav. III. VI. VII.) p. 20.

Es ist aber das Resultat seiner Beweisführung auch in Bezug auf die zweite Alternative nur ein unvollständiges.

Digitized by Google

Allerdings deponirt der Zeuge Müller, daß Kläger alle Constructionszeichnungen zu den Dächern der fraglichen Häuser machte, bejaht aber die Leitung der Ausführung der Dächer nur mit dem Zusatz, „so weit er, der Zeuge, wisse“, art. prob. 11. 12. 13.

Dieser Zusatz macht es unthunlich, auf das grav. VII. des Klägers einzugehen und ihn wenigstens in dieser Hinsicht zum Erfüllungseide zuzulassen.

Was die Zimmerarbeiten und die Schlosserarbeiten betrifft, so sprechen die angeführten Aussagen der Zeugen Köster, Höper und Wachsmuth dagegen, daß ihre Arbeiten vom
p. 21. Kläger bestellt und geleitet worden seien.

Die Behauptung des Klägers, daß er im Auftrag und mit Genehmigung des Verklagten zwanzig Modelle von Holz oder Pappe für Eisentheile der fraglichen Häuser anfertigte und daß die Firma F. W. Osenbrück u. Sohn nach diesen für den Kläger gelieferten Modellen Eisentheile für den Bau der fraglichen Häuser lieferte, ist ebenfalls nicht gehörig erhärtet, indem der Zeuge Osenbrück (test. prob. 6.) nur aussagt, daß überhaupt solche Modelle vom Kläger geliefert, oder nach Klägers Zeichnungen von der Osenbrückschen Fabrik angefertigt seien, wisse Zeuge wohl. Ueber die Stückzahl der ihnen gelieferten Modelle wisse er nur, daß wenigstens vier Stück geliefert seien, und zwar drei Modelle zu Eisenarbeiten für die Facade und
p. 22. ein Modell für die Treppe.

art. prob. 5.

Endlich für die klägerische Behauptung, daß Kläger zur Bestellung und Ausführung der zu dem Bau verwandten geschliffenen Backsteine fünf Reisen von Bremen nach Hannover machen mußte, sagt der vom Kläger denominirte Zeuge nichts aus.

art. prob. 16.

Es konnte demnach auch hinsichtlich der zweiten Beweisalternative nicht zum Ergänzungseide kommen, sondern es war höchstens dem Verklagten der Reinigungseid aufzulegen.

Digitized by Google

III. Kläger beschwert sich weiter über die Fassung des dem Verklagten aufgelegten Reinigungseides, indem er grav. 8 bis 12 fordert, daß er formulirt werde:

„20 Modelle von Putz oder Pappe für Formsteine und Eisentheile zu den Häusern und auch nicht weniger geliefert,“ p. 23.

„fast alle Eisenarbeiten und auch keine andern als die eingeräumten,“

„alle Schlosserarbeiten und auch keine andern als die eingeräumten,“

„die Ausführung der Tischlerarbeiten und auch keine derselben geleitet habe,“

„nicht fünf Reisen nach Hannover und nicht weniger als eingeräumt.“

Diese Beschwerde ist als vollständig begründet zu erachten. Schon von vornherein hätte genau genommen, der Beweissatz der zweiten Alternative so gefaßt werden müssen, daß der Richter für alle möglichen Fälle und auch dann, wenn der Beweis theilweise mißlungen, theilweise aber gelungen wäre, p. 24. freie Hand behielt.

Planck, Beweisurtheil S. 279.

Allein wenn dies auch nicht geschehen ist, so ist dies doch nach den Grundsätzen des gemeinen Prozesses als selbstverständlich zu suppliren. Eine pluspetitio re führt — hierüber ist man einverstanden — heutzutage keine völlige Abweisung mehr herbei, sondern hat nur die Folge, daß auf das wirklich Geschuldete erkannt wird.

cap. unic. X de plus petitio II. 11.

IV. Desgleichen gravaminirt Kläger (grav. IV. V.), daß für den Fall der Leistung des in [32] normirten Reinigungseides die Klage abgewiesen und Kläger in die Kosten verurtheilt ist und nicht vielmehr der von dem Kläger zu dem decis. 1. 8. p. 25. der zweiten Alternative des Erkenntnisses vom 22. April 1861 [8] actor. angetretene Beweis durch Sachverständige weiter instruirt ist.

Digitized by Google

Kläger hatte seine Klage dahin gerichtet: Verklagter schulde ihm an angemessenem Honorar für sämmtliche Pläne, Detailzeichnungen, Modelle und Schablonen und sonstigen Bemühungen als Architecten für die für Rechnung des Verklagten erbauten Häuser (wobei er noch einige Leistungen specificirt) das übliche und angemessene Honorar von $3\frac{1}{2}$ pCt. der Kaufsumme (soll heißen „Bausumme") von 18000 ℛ mit 630 ℛ.

[2] der Obergerichts-Acten.

Der Verklagte gestand auch zu, daß Kläger mit der Beaufsichtigung des Baues der vorderen Facade beauftragt war, und
p. 26. außerdem mehrere Leistungen gemacht, namentlich zwei zum Hause gehörende eiserne Treppen bei dem Schlossermeister Bruns im Auftrage des Verklagten bestellt habe. Um deswillen offerirte er dem Kläger 200 ℛ im Klagtermin, welche dieser unter Vorbehalt aller Rechte annahm, erklärte jedoch, daß er für diese Leistungen sich zur Zahlung gewisser Procente der Bausumme nicht verpflichtet erachte.

[5] der Obergerichts-Acten.

In der Replik hält Kläger an seinen Ansprüchen fest, bezeichnet den geforderten Procentsatz als einen nicht übersetzten und erklärt, er wolle eventuell für alle Fälle die von ihm beanspruchte Summe für seine nachweisbaren Bemühungen bei den fraglichen Bauten als angemessen beanspruchen.

p. 27. [6] das.

Das Beweisinterlocut vom 22. April 1861 giebt nun dem Kläger auf zu beweisen, daß außer den vom Verklagten zugestandenen Arbeiten auch noch die andern vom Kläger behaupteten Leistungen für den Verklagten gemacht worden seien, und legt dann, wie angeführt, dem Kläger den Beweis noch weiter auf: „b. daß für diese Arbeiten die berechnete Summe von 630 ℛ eine angemessene Vergütung sei."

Eine stricte Interpretation könnte dies bloß auf die nicht zugestandenen vom Kläger behaupteten Arbeiten beziehen. Diese wendet die sententia a qua an, indem sie davon ausgeht, daß Kläger niemals behauptet habe, er sei berechtigt, für seine Mühe-
p. 28. verwaltungen bei dem Bau, soweit solche von dem Verklagten

Digitized by Google

eingeräumt worden, die Summe von 630 ℔ zu beanspruchen, daher ihm denn auch solches niemals zum Beweis verstellt worden sei, folglich von der Instruction eines solchen Beweises durch Sachverständige keine Rede sein könne, sondern für den Fall der Abstattung des dem Verklagten aufgelegten Reinigungseides die erhobene Klage verworfen werden müsse.

[37] der Obergerichts-Acten.

Diese Auffassung ist jedoch nicht zu billigen. Die Klage wurde auf die Summe von 630 ℔ für die Arbeiten des Klägers erhoben, wobei selbstverständlich hinzuzudenken ist, diese Summe, oder wieviel sonst das Gericht befindet, werde für alle nachweisbaren Arbeiten gefordert. Wer das plus fordert, verlangt auch das in ihm enthaltene minus und dies ist ihm unbedenklich zuzusprechen, wenn es anders begründet ist. Der Kläger hat p. 29. nicht etwa bloß für die nicht vom Verklagten zugestandenen Arbeiten Honorar gefordert, denn diese Zugeständnisse sind erst nach Erhebung der Klage gemacht worden und können den Inhalt des einmal gestellten Petitum nicht tangieren. Auch das Beweisinterlocut läßt die dem Kläger günstigere Auffassung immerhin zu, daß Sachverständige zur Schätzung der irgendwie festgestellten Arbeiten des Klägers ernannt werden sollten. Nach dieser Auffassung, wonach allein das Interlocut den Rechten völlig entspricht, ist dasselbe auszulegen. Den Kläger in diesem Proceß abzuweisen, und ihm offen zu stellen, einen neuen Proceß anzufangen und darin zu deduciren, daß ihm auch schon für das p. 30. eingestandene Quantum von Thätigkeit eine beträchtlichere Remuneration gebühre, als die empfangene, erscheint im Zusammenhalt mit dessen ursprünglichem Klagbegehren als ungehörig und würde er sich mit Recht beschweren können, daß ihm nicht volles Recht gesprochen sei.

V. Was die Kosten dieser und der vorigen Instanz anlangt, so hat Kläger in den wichtigsten Punkten, nämlich, daß der Beweis über seine nicht zugestandenen Behauptungen bis zum Erfüllungseide geführt sei, nicht obsiegen können, dagegen sind seine anderen Beschwerden als begründet zu erachten. Es erscheint daher als billig, ihn zu verurtheilen, drei Viertel der

Digitized by Google

p. 31. Kosten dieser und der vorigen Instanz zu tragen, bezüglich zu erstatten, während dem Verklagten das letzte Viertel zur Last fällt.

Dies nicht inbegriffen die Kosten der Versendung, welche ihm als dem antragenden Theile zur Last fallen, wie solches bereits in dem Bescheide vom 27. November v. J. erkannt ist, so daß es einer Erwähnung dieser Kosten in dem Urtheile überall nicht bedurfte.

Das Facultäts-Erkenntniß ist unterzeichnet:

Daß dieses Urtheil den Acten und Rechten gemäß sei, bezeugen wir Ordinarius Decan und übrige Mitglieder der Juristenfacultät in der vereinten Friedrichsuniversität Halle Wittenberg durch unser hier beigedrucktes Insiegel.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Alt- und Jungmeister des Knochenhauer-Amts in Bremen, Principalintervenienten, auch Imploraten, jetzt Querulanten und Appellanten, wider die Handelskammer als Vorstand der Kaufmannschaft daselbst, Implorantin, auch accessorische Intervenientin, und wider den Bremischen Staat, vertreten durch den Staatsanwalt, Imploraten, Beide Principalinterventen, jetzt Querulaten und Appellaten, die Expropriation des Wurstmarktes mit den darauf stehenden Schrangen betreffend, causa I, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, zwar die wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27. Mai 1861 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen, dagegen aber gedachtes Erkenntniß auf Grund der dawider eingewandten Appellation zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch in Ansehung des mit Schrangen besetzten Theiles des s. g. Wurstmarktes dahin abzuändern sei, daß den Principalinterventen obliege, binnen einer vom Erbe- und Handfesten-Amt vorzuberaumenden Frist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, darzuthun:

daß der gedachte Theil des Wurstmarktes zur Zeit des Antrages auf Enteignung abseiten der

Digitized by Google

Handelskammer entweder Eigenthum des Staates gewesen sei,

oder aber in dessen rechtlichen Besitz sich befunden,

oder endlich, daß Seitens des Staates dem Knochenhauer-Amte die Bebauung des Marktes mit Schrangen nur als Vergünstigung oder auf Widerruf gestattet worden, und dessen Besitz nur als precario ausgeübt anzusehen sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden zur Hälfte verglichen, in die andere Hälfte dagegen die Principalintervenienten verurtheilt; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Erbe- und Handfesten-Amt zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. April 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Alt- und Jungmeister des Knochenhauer-Amts be- p. 2.
schweren sich,

I. als Querulanten darüber, daß ihre Beschwerde, „wie das ganze bisherige Verfahren an wesentlichen Mängeln in Hinsicht der Parteien oder des gerichtlichen Verfahrens leide, und wegen der ihm anklebenden Nichtigkeiten nicht für aufgehoben erklärt worden," in zweiter Instanz für unbegründet erachtet sei.

[1] S. 30. der O.-A.-Ger.-Acten.

Dieselben haben sodann

a. a. O. S. 30—38.

unter zwölf Buchstaben, von denen einzelne in mehrere Unterabtheilungen zerfallen, die von ihnen gerügten Nichtigkeiten abermals dargelegt, und hierauf versucht,

a. a. O. S. 38—55.

deren Vorhandensein mittelst einer Beurtheilung der Gründe zum Obergerichts-Urtheil auszuführen. Es durfte jedoch, nach p. 3.
dem von dem O.-A.-Gerichte constant befolgten Grundsatze, daß nur wegen Nichtigkeiten in dem Verfahren des Obergerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde an das O.-A.-Gericht gerichtet werden könne, und es unzulässig sei, die Nichtigkeitsgründe, welche gegen das erste Verfahren bei dem Obergerichte mittelst Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht und verworfen sind, auf dem Wege des gleichen Rechtsmittels bei dem O.-A.-Gerichte abermals zur Entscheidung zu bringen, in eine Beurtheilung ihres materiellen Inhaltes nicht eingetreten werden. Denn die

Digitized by Google

sämmtlichen Nichtigkeitsgründe beziehen sich auf das vor dem Erbe- und Handfesten-Amt stattgehabte Verfahren, und der einzige, bei welchem dies etwa zweifelhaft sein könnte,

a. a. O. S. 36. litt. l.

betreffend die Zulassung des dem Staate von Amtswegen be-
p. 4. dienten Staatsanwaltes als Sachführer der Handelskammer — ein Vorwurf, welcher sachlich auch das Verfahren vor dem Obergerichte treffen würde, gereicht, wie mit dem Obergerichte anzunehmen war, den Querulanten überall nicht zur Beschwerde.

Nun müßte zwar in eine Beurtheilung des Inhaltes der Nichtigkeitsbeschwerde eingegangen werden, wenn die Principal-Intervenienten die Verwerfung der bereits in der vorigen Instanz aufgestellten Nichtigkeitsgründe zum Gegenstand einer Appellationsbeschwerde gemacht hätten, da es keinem Zweifel unterliegt, daß die Verwerfung von Nichtigkeitsgründen mittelst ordentlicher Rechtsmittel, insonderheit der Appellation, beim Vorhandensein ihrer sonstigen Voraussetzungen, insonderheit der Appellationssumme, angefochten werden könne. Das ist aber in dem vorliegenden Falle überall nicht geschehen, indem die in der vorigen Instanz aufgestellte erste Appellationsbe-
p. 5. schwerde in der gegenwärtigen Instanz nicht wiederholt ist, die allgemeine vierte Beschwerde jetziger Instanz aber als solche bei dem O.-A.-Gerichte nie Berücksichtigung gefunden hat, die Principal-Intervenienten mithin durch die Hinweglassung jener ersten Beschwerde um so klarer ihre Absicht zu erkennen gegeben haben, nur mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde und nicht auf dem Wege der Appellation jene Momente verfolgen zu wollen. Eine von Amtswegen vorzunehmende Umwandlung des unzutreffenden Rechtsmittels in das zutreffende, selbst beim Vorhandensein seiner sämmtlichen sonstigen Voraussetzungen, wird aber nach constanter Praxis des O.-A.-Gerichts für unzulässig erachtet.

Die Principalintervenienten haben sodann

II. in ihrer Eigenschaft als Appellanten

p. 6. 1) die erste Beschwerde in jetziger Instanz darin gesetzt, daß ihnen der Beweis auferlegt sei,

Digitized by Google

entweder

daß das ganze zur Veräußerung ſtehende Areal des Wurſtmarktes oder der mit Schrangen beſetzte Theil ihr Eigenthum ſei,

oder,

ſie ſich doch im rechtlichen Beſitze des ganzen zur Veräußerung ſtehenden Areals des Wurſtmarktes, oder doch im rechtlichen Beſitze des mit Schrangen beſetzten Theils deſſelben befinden,

und nicht vielmehr dem Staate resp. der Handelskammer der Beweis auferlegt ſei,

entweder

daß das ganze obbemerkte Areal des Wurſtmarktes oder der mit Schrangen beſetzte Theil deſſelben ein Eigenthum des Staats ſei, p. 7.

oder

daß der Staat ſich doch im rechtlichen Beſitze des ganzen zur Veräußerung ſtehenden Areals des Wurſtmarktes, oder doch im rechtlichen Beſitze des mit Schrangen beſetzten Theils deſſelben befinde.

Bei deren Beurtheilung war von folgenden Rechtsgrundſätzen auszugehen.

Wenn der Staat auf dem Wege der Geſetzgebung die Zwangsenteignung von Grundſtücken verordnet hat, welche ſich nicht in dem unbeſtrittenen Beſitz oder Eigenthum einer Perſon befinden, von denen vielmehr das eine oder das andere von verſchiedenen Perſonen in Anſpruch genommen wird, ſo kann p. 8. es ſelbſtredend nicht die Abſicht der Geſetzgebung ſein, durch jenen Act in den gegenſeitigen privatrechtlichen Verhältniſſen der bisherigen Beſitzer oder Eigenthümer irgend welche Veränderung herbeizuführen. Iſt alſo bei Gelegenheit des Güteverſuchs, welcher der Zwangsenteignung vorherzugehen hat, das beſtrittene Verhältniß nicht geordnet, ſo hat der Enteigner ſeinen Antrag gegen die Perſon, als Imploraten, zu richten, welche ſeiner Anſicht nach zu dem Grundſtücke in einem Rechtsverhältniß ſteht, vermöge deſſen ſie als die Perſon des

Digitized by Google

zu Enteignenden erscheint. Findet nun die betreffende Behörde in Beihalt der einschlagenden Vorschriften des Enteignungs-Gesetzes an diesem Antrag nichts auszusetzen, so erläßt sie die erforderliche Abkündigung, und überläßt es demjenigen, welcher
p. 9. sich in seinen Rechten gekränkt fühlt, dieselben zu profitiren, und mit dem Imploraten im Wege Rechtens auszumachen. Daß in diesem Rechtsstreit der Enteigner zur Unterstützung des zu Enteignenden auftreten darf, ergiebt sich daraus, daß er ein Interesse dabei haben kann, die Enteignungsfrage mit der von ihm gewählten Person zu reguliren, indem er von dem Imploraten vielleicht günstigere Bedingungen erhält, als von dem Profitenten. Anlangend aber den gedachten Rechtsstreit zwischen dem Imploraten und dem Profitenten, so wird durch das Enteignungsverfahren in ihren rechtlichen wie processualischen Befugnissen nichts geändert. Es würde namentlich vollkommen rechtswidrig sein, den Umstand, daß Jemand als Profitent hat auftreten müssen, zu benutzen, um ihm die Rolle
p. 10. des Klägers in dem Streit mit dem Imploraten aufzulegen, ihn um deswillen mit Beweisen zu beschweren, u. s. w. Alle derartige Fragen werden in Gemäßheit der gewöhnlichen Rechtsgrundsätze entschieden und durch die angeordnete Enteignung tritt lediglich die Modification ein, daß das desfallsige Verfahren durch den Rechtsstreit zwischen Profitenten und Imploraten nicht aufgehalten wird, sondern vielmehr die von dem Enteigner zu zahlende Entschädigungssumme, zunächst dem Imploraten, eventuell aber auch dem Profitenten gegenüber festgestellt werden muß. Wer von Beiden aber die gedachte Summe zu empfangen hat, hängt von dem Ausgange ihres Rechtsstreits ab. Der Unterschied zwischen dem Verfahren bei Uebertragung des Eigenthums von Immobilien nach den Grundsätzen der Erbe- und Handfesten-Ordnung im Gegensatz zu denen nach dem Enteignungs-Gesetz besteht also im Wesent-
p. 11. lichen nur darin, daß im ersten Fall der Uebergang des Eigenthums durch den Einspruch des Profitenten bis nach ausgemachter Sache im Wege des ordentlichen Verfahrens suspendirt wird, während im letzteren Falle, da der Eigenthumsübergang

Digitized by Google

jedenfalls eintreten muß, und es sich nur um die Größe der Entschädigung handelt, deren Festsetzung neben dem Rechtsstreite über die Frage, wer zu deren Empfang berechtigt sei, sehr wohl möglich und zugleich nothwendig ist, beide Fragen neben einander zur Entscheidung zu bringen sind.

Dem Obigen zufolge fragt es sich also in Ansehung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und dem Knochenhauer-Amt, betreffend den Wurstmarkt, und zwar theils den mit Schrangen besetzten, theils den freien Raum desselben nach dem zur Zeit des Enteignungsantrages vorhandenen Zustand. Die- p. 12.
ser ging unbestrittenermaßen der äußeren Erscheinung nach dahin, daß das Knochenhaueramt jenen Raum inne hatte, der freie dagegen sich von sonstigen Straßen und öffentlichen Plätzen nicht unterschied. Die unmittelbare Folge hievon ist die, daß das Knochenhauer-Amt befugt war, den Schutz seiner Detention in Ansehung des mit Schrangen besetzten Raumes bis dahin zu verlangen, daß der Staat seinen juristischen Besitz in Ansehung jenes Raumes oder doch die bittweise Ueberlassung desselben an das Knochenhauer-Amt, oder endlich sein Eigenthum an demselben nachweisen sollte. Umgekehrt würde es in Betreff des freien Raumes dem Knochenhauer-Amt obliegen, durch Anführung geeigneter Momente seinen juristischen Besitz oder sein Eigenthum nachzuweisen, falls es nicht im Stande sein sollte, Thatumstände von der Bedeutung anzuführen und p. 13.
liquide zu stellen, aus denen sich ergäbe, daß auch der freie Raum des Wurstmarktes zur Zeit des Enteinigungsantrages von ihm detinirt worden sei. Selbstverständlich ist hiebei, daß derjenigen Partei, welche sich in Detention befindet, im ordinarium die Rolle des Beklagten zufällt, und derjenige, welcher in dem ordinarium unterläge, die Rolle des Klägers im petitorium zu übernehmen haben würde.

Prüft man nun von diesem Standpunkte aus die in [7] nebst Anlagen enthaltene Angabe mit eingelegter Verwahrung der Rechte, so war zwar bei der aus diesen Schriftstücken ersichtlichen Geltendmachung aller erdenklichen Gesichtspunkte ein Antrag auf Schutz in der Detention nicht mit völliger

Digitized by Google

Klarheit zu entnehmen. Auch könnte es scheinen, daß die hier
p. 14. ersichtliche Geltendmachung von Eigenthumsrechten am ganzen Wurstmarkt resp. dem mit Schrangen besetzten Theile desselben, einen Verzicht auf diese Ansprüche aus der Detention enthielte. Erwägt man indessen, daß die Partei gegen die Mängel der Rechtsverfolgung ihrer Anwälte thunlichst von richterlichen Amtswegen geschützt werden soll, und daß der ausdrückliche Wille, auf die aus der Detention folgende Stellung als Beklagter zu verzichten, aus jener Schrift um so weniger zu entnehmen ist, als in deren Beilage

[8.] S. 7.

ein Antrag gegen Störung im ruhigen Besitz sich findet, auch der Umstand, daß dem Knochenhauer-Amte die Rolle der Prinzipalintervenienten im Decret vom 21. September 1860 zugewiesen worden ist, an dem ursprünglichen Sachverhältniß nichts zu ändern vermochte, so mußte, da die Detention des Knochenhauer-Amtes in Ansehung des mit Schrangen besetzten
p. 15. Theils des Wurstmarktes von dem Staatsanwalt nicht in Abrede gestellt werden konnte, in soweit die in den vorigen Urtheilen normirte Beweisauflage abgeändert und dem Staat in Ansehung seines juristischen Besitzes oder Eigenthumes der betreffende Beweis auferlegt werden, mit welchem der Beweis eines precarium, den die vorigen Urtheile von ihrem Standpunkte aus als Gegenbeweis vorbehalten mußten, als dritte Alternative zu verbinden war. Zwar könnte es scheinen, als wenn es dieses Beweises nicht weiter bedürfe, und um deswillen das vorige Urtheil gänzlich zu bestätigen wäre, weil das Recht der Fleischschrangen in den meisten Städten seit dem Mittelalter auf einer bittweisen Verleihung beruht. Allein dieser Umstand darf in keiner Weise als rechtliche Vermuthung des gemeinen deutschen Rechtes aufgefaßt werden,
p. 16. sondern enthält nur eine factische Präsumtion, deren Gewicht im Beweisverfahren zu würdigen sein wird. In allen übrigen Punkten dagegen mußte es bei dem vorigen Urtheil belassen werden, da die von den Principalintervenienten in Betreff des freien Raums des Wurstmarktes geltend gemachten Momente eine Detention des Knochenhauer-Amts nicht bekunden, also

Digitized by Google

ihnen die Verpflichtung obliegt, ihren juristischen Besitz oder ihr Eigenthum an diesem Raume darzuthun. Von einer Beurtheilung der Frage aber, ob einer der auferlegten Beweise bereits erbracht sei, war bekannten Rechtsgrundsätzen zufolge in dem jetzigen Stadium des Prozesses ebenso abzusehen, wie von einer Prüfung der Zulässigkeit einer Verbindung des petitorium und ordinarium, da es desfalls an einer Beschwerde fehlt, und die Praxis sich dafür zu erklären pflegt.

2) Die zweite Beschwerde in jetziger Instanz, welche der p. 17.
dritten Beschwerde in der vorigen Instanz entspricht, ist nicht wie die erste principaliter gegen den Staat, sondern vielmehr wider die Handelskammer gerichtet und betrifft drei Punkte:

a. die Aussetzung des Erkenntnisses über den von dem Knochenhauer-Amte geltend gemachten Entschädigungsanspruch wegen besonderer Nachtheile;

b. die Nichteinleitung eines Abschätzungsverfahrens in Betreff des mit Schrangen besetzten Theiles des Wurstmarktes;

c. die Nichtberücksichtigung der von dem Amt in der Replik hinsichtlich der Instruction gemachten Anträge.

Ad a. macht das Amt geltend: der Markt liege in der Mitte der Stadt und es könne kein für den Fleischverkauf ebenso günstig belegener Platz wieder für das Amt erworben werden: jeder Knochenhauer würde dem Amte für die Gestat- p. 18.
tung des Fleischverkaufs aus einer Bude gern jährlich 25 ℛ zahlen, was im Ganzen 500 ℛ und capitalisirt 10,000 ℛ ausmache, deren Bezahlung auf Grund von §. 16. des Enteignungsgesetzes in Anspruch genommen werde. Das Erbe- und Handfesten-Amt hat die Aussetzung des Erkenntnisses über diesen Punkt verfügt, weil es die nähere Begründung vermißt, insbesondere jede Angabe über die Zahl der wirklich benutzten Schrangen, der Bedeutung des in denselben betriebenen Geschäfts und die Nachtheile der Verlegung nach anderen Localitäten. In der Rechtfertigungsschrift beim Obergerichte und in jetziger Instanz finden sich keine Ausführungen zur Beseitigung dieser Bemängelung, und auch das Obergericht hat diese Gründe

Digitized by Google

des Erbe- und Handfesten-Amts rein angenommen. Es fragt sich daher, ob jene Mängel wirklich vorhanden sind, und ob
p. 19. sie das Erbe- und Handfesten-Amt berechtigten, die Abschätzung einstweilen auszusetzen. Nun mußte es zwar an sich für möglich erachtet werden, schon auf Grund desjenigen, was von dem Knochenhauer-Amt vorgetragen worden ist, eine Abschätzung vorzunehmen. Es kommt jedoch nicht hierauf an, sondern lediglich darauf, ob das Ermessen des Erbe- und Handfesten-Amts in einer für das Knochenhauer-Amt gefährdenden Weise ausgeübt worden ist. Das läßt sich aber in keinerlei Weise behaupten. Die zur Beantwortung stehende Frage kann ebensogut nach Entscheidung der Eigenthumsfrage beantwortet werden wie vorher, und da das Knochenhauer-Amt jedenfalls durch die [22] ersichtliche Bürgschaftsacte nicht bloß gedeckt ist, sondern sich auch eventuell mit derselben zufrieden erklärt hat, so fehlt es an jedem Grunde für die Beschwerde.

p. 20. Ad b. die Beschränkung der Abschätzung auf den mit Schrangen besetzten Platz u. w. d. a. ist von dem Erbe- und Handfesten-Amt aus einem dreifachen Grunde verfügt worden: weil dessen Nutzbarmachung bis jetzt nie in Frage gekommen sei, über die Gerechtsame dritter Grundbesitzer an solchem gestritten werde, und die Nachweisung eines Eigenthums an diesem Theile des Platzes nicht wahrscheinlich sei. Das Knochenhauer-Amt hat diese Momente bestritten und glaubt, daß in der Nichtdeposition sehr leicht eine Begünstigung der Handelskammer gefunden werden könne. Da indessen die Ausmessung des ganzen Platzes in der Instruction verfügt worden ist, und vor der Abschätzung die Streitfrage über etwaige Gerechtsame und den desfalls zu machenden Abzug allerdings erst liquide gestellt werden muß, die Taxation aber
p. 21. sehr wohl bis dahin verschoben werden kann, daß die Eigenthumsfrage liquide gestellt ist, so gilt hier ganz dasselbe, was ad a. bereits bemerkt worden ist.

Ad c. endlich geht die Absicht des Knochenhauer-Amts dahin, daß die von den Anliegern bezahlten, in der Replik

[25] S. 49 flg.

Digitized by Google

referirten Preise, welche [3] S. 86 der Obergerichts-Acten noch durch einige sonstige Käufe vermehrt worden sind, bei Abfassung der Instruction besonders hervorzuheben gewesen wären. Allein nach der Fassung des § 1. der Instruction kann solches nicht für nothwendig erachtet werden, da die gedachten Thatumstände in Bremen bekannt sind und von den Taxatoren erwartet werden konnte, daß sie den Werth der in jener Gegend liegenden Grundstücke bei ihrer Schätzung auch ohne dies in Berücksichtigung gezogen haben werden.

3. Mit Unrecht verlangen die Principalintervenienten mittelst ihrer dritten Beschwerde auf Grund des § 47 des p. 22.
Enteignungs-Gesetzes eine Verurtheilung des Staats und der Handelskammer in sämmtliche Kosten. Auf den Besitz und Eigenthums-Streit zwischen Staat und Amt findet jener Paragraph überall keine Anwendung, und die Rechtsmittel in Ansehung des Abschätzungsverfahrens sind grundlos, die desfallsigen Kosten mithin lediglich durch Schuld des Knochenhauer-Amtes entstanden.

Dagegen war in Ansehung der Kosten gegenwärtiger Instanz nach Maaßgabe der erfolgten theilweisen Abänderung so wie aus dem Urtheil ersichtlich zu erkennen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Alt- und Jungmeister des Knochenhauer-Amtes in Bremen, Principalintervenienten, auch Imploraten, jetzt Querulanten und Appellanten, wider die Handelskammer als Vorstand der Kaufmannschaft daselbst, Implorantin, auch accessorische Intervenienten, und wider den Bremischen Staat, vertreten durch den Staatsanwalt, Imploraten, Beide Principalinterventen, nunmehr Querulaten und Appellaten, die Expropriation des Wurstmarktes mit den darauf stehenden Schrangen betreffend, Causa II, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Nichtigkeitsbeschwerde und der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, die wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 27. Mai 1861 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen, auch gedachtes Erkenntniß, der dawider eingewandten Appellation ungeachtet, unter Verurtheilung der Principalintervenienten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Erbe- und Handfesten-Amt zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. April 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die erste Beschwerde in dieser und in der vorigen Instanz p. 2.
geht dahin, „daß ungeachtet das ganze bisherige Verfahren des Erbe- und Handfesten-Amts deshalb als nichtig vom appellantischen Amte angefochten sei, — weil dasselbe den bremischen Staat, der weder einen Nachweis seines behaupteten Eigenthums geliefert, noch den Besitz des Wurstmarktes hatte, und zwar trotz des Widerspruchs des Eigenthum behauptenden und im Besitze befindlichen appellantischen Amts für berechtigt erachtet habe, das Eigenthum des Wurstmarktes an die Handelskammer zu übertragen und demzufolge dem appellantischen Amte ungerechtfertigter Weise die Parteirolle eines Principalintervenienten zuzuweisen versucht habe — vom Judicio a quo dennoch in Verfolgung dieses nichtigen Verfahrens, jetzt auf Verabfolgung des Ueberweisungs-Protocolls, — den Bestimmungen der L. 29, p. 3.
L. 54, L. 128, L. 178, L. 208, L. 210,. Dig. de Reg. juris zuwider — erkannt sei, auch die Grundsätze des Expropriationsgesetzes im Widerspruche mit dessen Bestimmungen, welche nur auf eine gezwungene Eigenthums-Abtretung (die von Seiten des Staates hier gar nicht vorliegt) anwendbar sind, sowie der Parteirollen, welche das Erbe- und Handfesten-Amt den drei betheiligten juristischen Personen beizulegen versucht habe, angewendet seien, und deshalb die willkührliche und ohne Zuziehung eines Gutachtens von Sachverständigen bewirkte Feststellung der Depositionssumme auf 1500 ℛ namentlich auch in Betreff des nicht mit Schrangen besetzten Theils des Wurstmarktes, worüber das Abschätzungsverfahren durch das Erkenntniß vom 2. Novbr. 1860 annoch ausgesetzt worden, ungerechtfertigt sei.“

Diese Beschwerde zerfällt in zwei Theile: p. 4.

Digitized by Google

Der erste Theil betrifft die Fortsetzung des als nichtig angefochtenen Verfahrens bei dem Erbe- und Handfesten-Amt bis zur Verabfolgung des Ueberweisungs-Protocolls; und erledigt sich theils dadurch, daß die Nichtigkeitsbeschwerde als solche keine aufschiebende Wirkung hat,

§ 539 der Bremer Ger. Ordn.
§ 42 der O.-A.-Ger. Ordn.

und eine solche ihr weder gegeben ist, noch beim Abgang eines unersetzlichen Schadens gegeben werden konnte, theils durch die nunmehr auch in letzter Instanz erfolgte Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde. Insofern aber in dem Receß [61] zur Begründung der aufschiebenden Wirkung der Einlegung auch der Appellation, welche aufschiebende Wirkung hat, gedacht ist, erledigt sich die Beschwerde dadurch, daß die erste, die Verwerfung
p. 5. der Nichtigkeitsgründe betreffende Beschwerde voriger Instanz in Causa I in gegenwärtiger nicht wiederholt worden ist. Wenn endlich a. a. O. S. 3 und 4 die Unzulässigkeit weiterer Verhandlungen darauf gestützt wird, daß in dem gegen die Handelskammer und den Staat rechtskräftig gewordenen Urtheil des Erbe- und Handfesten-Amtes vom 2. Novbr. 1860 das decis 3, das Abschätzungsverfahren, von der Erbringung der in decis 2, auferlegten Beweise abhängig gemacht sei, so beruht diese Ausstellung lediglich auf einer unrichtigen Deutung des zu Anfang von decis 3 vorkommenden Wortes „eventuell."

In dem zweiten Theile der Beschwerde kann möglicherweise wiederum Zweierlei gefunden werden.

Zunächst eine Beschwerde darüber, daß das Enteignungs-
p. 6. gesetz in einem ungeeigneten Falle zur Anwendung gebracht sei, indem der nun wider den Staat gerichtete Enteignungsantrag bei dessen Bereitwilligkeit zu unentgeltlicher Abtretung des Grundstücks unzulässig gewesen sei, und in Folge dessen eine Verabfolgung des Ueberweisungs-Protocolls an den Erwerber nicht habe verfügt werden dürfen. Allein gedachter Antrag ist nicht bloß gegen den Staat, sondern für den Fall, daß sich eine Berechtigung des Knochenhauer-Amts herausstellen sollte, auch wider dieses gerichtet. An der Zulässigkeit eines

Digitized by Google

derartigen bedingten Enteignungsantrages kann aber in einem Falle der vorliegenden Art nicht gezweifelt werden. Auch enthielt die Verabfolgung des Ueberweisungs-Protocolls in dem letzteren Verfahren wider das Knochenhauer-Amt für dieses keinen Grund zur Beschwerde, da eine geeignete Cautionsleistung vorausgegangen ist.

Sodann wird Beschwerde geführt über die Festsetzung der p. 7.
nach § 42 des Enteignungsgesetzes zu hinterlegenden Summe ohne Zuziehung von Sachverständigen. Allein der gedachte § enthält keine, diese Zuziehung nothwendig machende Vorschrift, und wenn man auch, ungeachtet der vollständigen Deckung des Knochenhauer-Amts durch [22] die Richtigkeit der Arbitrirung für anfechtbar erachten wollte, so fehlt es doch an einer ausreichenden Begründung dieser Beschwerde, insbesondere an der Angabe der Summe, deren Hinterlegung verlangt wird.

Die zweite Beschwerde ist darauf gerichtet, „daß appellantisches Amt, dessen processualische Stellung vom Erbe- und Handfesten Amt als die eines Principalintervenienten rechtswidrig aufgefaßt worden, nichts desto weniger verurtheilt sei, der Handelskammer die Besitzergreifung an den im Besitze des appellantischen Amts befindlichen Gebäuden und deren Areal zu gestatten, p. 8.
resp. ihr kein Hinderniß in den Weg zu legen.“ Nun ist es zwar richtig, daß eine Verurtheilung des Klägers als solchen, also auch die eines Principalintervenienten, abgesehen von den Proceßkosten, in dessen Rechtsstreite ausgeschlossen ist. Allein in dem vorliegenden Falle wird ein zwiefacher Rechtsstreit verhandelt: die Besitz- und Eigenthumsfrage zwischen Knochenhauer-Amt und Staat; die Enteignungsfrage zwischen der Handelskammer und dem Staat, eventualiter dem Knochenhauer-Amt. Die in Rede stehende Verurtheilung aber ist nicht in jenem, sondern in diesem Verfahren erfolgt, wo das Knochenhauer-Amt keineswegs die Rolle des Klägers einnimmt. Daß aber in einem derartigen bedingt eingeleiteten Enteignungsverfahren das Expropriationsgesetz, insbesondere dessen § 45 volle Anwendung p. 9.
findet, ist eben so wenig zweifelhaft, wie daß das Knochenhauer-Amt, nachdem die Handelskammer den Bedingungen des § 42

Digitized by Google

entsprochen hat, unter allen Umständen, auch dann, wenn ihm Besitz oder Eigenthum am Wurstmarkt zustehen sollten, zu dessen Abtretung an die Handelskammer verpflichtet war.

Die dritte Beschwerde geht dahin, daß dem Antrage der Appellaten auf Einholung eines Gutachtens Sachverständiger zum ewigen Gedächtniß schon zur Zeit nachgegeben worden, und sich das Judicium a quo, von dessen Erkenntniß vom 2. Novbr. 1860 die Berufung an das Obergericht eingelegt worden, hinsichtlich eines solchen Gesuches nicht für incompetent erklärt habe."

Die Verwerflichkeit derselben ist um so weniger zweifelhaft,
p. 10. als das Knochenhauer-Amt auf dem Wege dieser Beschwerde einen Rechtssatz aufstellt, dessen Gegentheil es in erster Instanz für sich in Anspruch genommen hatte. Zu Anfang [68] wird bei Gelegenheit des von dem Knochenhauer-Amte zum ewigen Gedächtniß beantragten Zeugenbeweises bemerkt, der desfallsige Antrag sei an das Gericht erster Instanz gerichtet, da das Knochenhauer-Amt, „ohne das Instanzen-Verhältniß zu verletzen, sich mit diesem Gesuche nicht sofort an das Obergericht — bei welchem seine Berufung gegen das Erkenntniß vom 2. Novbr. 1860 am 10. Decbr. desselben Jahres gehörig prosequirt sei — noch zur Zeit nicht zu wenden vermocht habe." Indessen auch abgesehen von diesem seltsamen Widerspruch ergiebt sich die Verwerflichkeit der Beschwerde ohne weiteres aus

§ 490 sub. d. der Ger. Ordn.

Da nun die vierte Beschwerde nicht in Betracht gezogen werden kann, weil ihr jeder Inhalt fehlt, und die fünfte, welche in
p. 11. gegenwärtiger Instanz dahin aufgestellt ist, daß in zweiter Instanz, so wie geschehen hinsichtlich der Kosten erkannt sei, und diese nicht in Gemäßheit des § 47. des Gesetzes vom 11. Juni 1843 dem Staate resp. der Handelskammer zur Last gelegt seien, sich ebenso, wie in causa I als verwerflich herausstellt, so mußte überall, auch in Ansehung der Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz, wie aus dem Urtheil ersichtlich, erkannt werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Diedrich Hagens zu Schwachhausen, Klägers, wider Johann Gartelmann zu Oberblockland, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, Unterhaltung eines Weges, jetzt geführten Beweis betreffend, (App. II.) erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 19. November 1860 wieder aufzuheben und Kläger schuldig sei, in einem vom Untergerichte anzusetzenden Termine eidlich zu erhärten:

daß er alle Mühe zur Erforschung des Sachverhältnisses angewandt habe, gleichwohl nicht anders wisse, als daß in der Zeit von 1804 bis 1833, beide Jahre einschließlich, die Inhaber der jetzt dem Beklagten gehörenden Stelle den streitigen Wegschlag unterhalten haben; auch nicht wisse, daß die gedachten Stellbesitzer als Vergütung für Unterhaltung des fraglichen Wegschlags in einem der vorbezeichneten Jahre das Nachgras von dem nunmehr dem Kläger gehörenden Wetterungslande bezogen haben;

worauf in der Sache selbst, so wie der Kosten erster Instanz wegen weiter zu erkennen was Rechtens.

Digitized by Google

Die Koſten dieſer und der vorigen Inſtanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. April 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entſcheidungsgründe.

I. Es fragt ſich zunächſt nach dem Sinne der durch das
p. 2. in den höheren Inſtanzen beſtätigte Untergerichts-Erkenntniß vom 21. April 1857 auferlegten resp. nachgelaſſenen Beweiſe.

A. Der Kläger ſoll beweiſen: „daß ſeit unvordenklicher Zeit oder doch ſeit 30 Jahren vor der den jetzigen Zuſtand anordnenden Verfügung des Inſpectors der Wetterung die Unterhaltung des beregten Streitſchlags von dem Beklagten oder ſeinen Vorweſern beſchafft worden ſei.“

Es kann nun

1) kein Zweifel darüber obwalten, daß der dieſer Beweisauflage zu Grunde liegende rechtliche Gedanke der einer Verjährung iſt. Dies iſt bereits in den Entſcheidungsgründen zum Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 31. Januar 1859 sub. I. B. 3. anerkannt. Auch hat der Kläger den Standpunkt der Verjährung, und nur dieſen, in allen drei Inſtanzen entſchieden feſtgehalten.

cf. jetzige O.-A.-Ger.-Acten [5] pag. 22.

p. 3. 2) Zweifelhafter iſt die Frage: wie weit ſich zufolge jener ihm gewordenen Auflage die Beweispflicht des Klägers erſtrecke. Doch konnte dieſelbe nach Lage der Sache nur dahin

Digitized by Google

beantwortet werden, daß der Beweis an sich (und abgesehen vom Gegenbeweise) schon dann als geführt angesehen werden muß, wenn Kläger die factische Unterhaltung des streitigen Wegschlags abseiten der Inhaber der beklagtischen Stelle während des einen oder des anderen der in dem Beweissatze bezeichneten Zeiträume darzuthun vermag. Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des Beweissatzes, sowie die unterschiedslose Nebeneinanderstellung der 30jährigen und der Immemorialverjährung, bei welcher letzteren jedenfalls, der richtigen auch in der Praxis recipirten Ansicht zufolge, von dem Beweisführer ein Mehreres, p. 4.
als der Beweis eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden, seiner rechtlichen Intention entsprechenden factischen Zustandes nicht zu fordern ist; sondern auch insbesondere der dem Beklagten als Einredebeweis freigelassene Beweis, „daß die Abführung der beregten Last von ihm oder seinen Vorwesern, dem Kläger oder dessen Vorwesern gegenüber, nur vertragsweise, gegen eine Gegenleistung übernommen sei.“ Wenn es in den Entscheidungsgründen zum Urtheile des Untergerichts vom 21. April 1857 heißt, daß „der dem Kläger obliegende Beweis — — dann *ohne Wirkung* sein würde, wenn es dem Beklagten gelänge, nachzuweisen, die Abführung der qu. Last sei — — nur vertragsweise gegen eine Gegenleistung übernommen“, so ergiebt sich daraus, wie es nicht als die Aufgabe des *Klägers* aufgefaßt worden sein kann, seinerseits speciell darzuthun, daß die Unterhaltung des Weges Seitens des p. 5.
Beklagten und seiner Vorbesitzer mit dem animus, eine auf ihrer Stelle zum Besten des klägerischen Wetterungslandes ruhende Last abzuführen, beschafft worden sei, vielmehr davon ausgegangen worden ist, daß die thatsächliche Unterhaltung des fraglichen Wegschlags abseiten der beklagtischen Stellbesitzer einen *Schluß* auf jenen animus so lange begründe, bis derselbe durch die vom Beklagten zu liefernde Nachweisung eines dem entgegenstehenden besonderen Verhältnisses entkräftet werde. An diesem Verhältnisse der beiderseitigen Beweise ist auch durch das Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 31. Jan. 1859, welches, nach Maaßgabe der damals vorliegenden Beschwerden,

Digitized by Google

keinen Anlaß hatte, auf die hier berührten Fragen einzugehen, Nichts geändert worden.

p. 6. 3) Dagegen wird dadurch, daß dem Beklagten nur über jenes, im ersten Verfahren von ihm behauptete Vertragsverhältniß ein besonderer Einredebeweis nachgelassen worden ist, nicht ausgeschlossen, daß bei Prüfung des Beweisergebnisses auch sonstige Umstände, aus denen sich etwa ergeben sollte, daß bei Beschaffung der fraglichen Wegeunterhaltung die Absicht nicht auf Abführung einer auf der beklagtischen Stelle ruhenden Last gegangen ist, mit in Betracht gezogen werden müssen. In den Entscheidungsgründen zum Untergerichts-Erkenntnisse vom 21. April 1857 ist als (objective) Voraussetzung des Rechts des Klägers ausdrücklich bezeichnet: daß „die Last auf den beklagtischen Grundstücken ruhe und — — seit unvordenklicher Zeit oder doch seit 30 Jahren von dem Beklagten resp. seinen Vorwesern, als ihnen obliegend abgeführt worden“;

p. 7. und wenn diese letzteren Worte aus dem Beweissatze hinweggeblieben sind, so kann dies, nach Maaßgabe des oben unter 2) Bemerkten nur heißen: daß es eines besonderen Beweises hierüber nicht bedürfe, nicht aber: daß es auf den animus gar nicht ankomme. Es bildet vielmehr ein Moment des directen Gegenbeweises, daß die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags in einer anderen als der Intention, eine auf der Stelle ruhende Last abzuführen, beschafft worden.

B. Was von dem, dem Beklagten freigelassenen Beweise zu halten, ergiebt sich aus dem Vorstehenden von selbst. Er gehört materiell, nach der Bemerkung unter A. 3. zum Gegenbeweise, muß aber prozessualisch und nach der rechtskräftigen Sachlage als Einredebeweis behandelt und beurtheilt werden.

p. 8. II. Eine zweite Vorfrage ist, ob bei Prüfung der geführten Beweise der Gesammtinhalt der vom Landherrn mitgetheilten Acten „Wetterungs-Inspection“ oder nur diejenigen aus diesen Acten entnommenen Stücke, welche Kläger in einem besonderen Convolut zusammengelegt, mit rothen Nummern bezeichnet und in seiner Parition

Digitized by Google

speciell in Bezug genommen hat, in Betracht zu ziehen seien. Der Kläger hat seine Meinung, daß das Erstere geschehen müsse, in gegenwärtiger Instanz zu erkennen gegeben:

O.-A.-Ger.-Acten [3] p. 2.

Das O.-A.-Gericht mußte sich aber hiergegen entscheiden. Denn nicht nur ist das Prälocut des Untergerichts vom 6. April 1859

Unterger.-Acten [40] sub. 2.

bei welchem beide Theile sich beruhigt haben, dahin zu verstehen, daß nur die von dem Kläger näher zu bezeichnenden Actenstücke p. 9. als Beweismittel in Betracht gezogen werden sollen; sondern es haben sich auch die Erklärungen der Streittheile sowohl als die Urtheile beider vorigen Gerichte auf die in der Parition des Klägers l. c. speciell namhaft gemachten Nummern der Landherrlichen Acten beschränkt, und darf nicht zuerst in höchster Instanz auf Documente eingegangen werden, welche — wenn auch für deren Aechtheit eine Vermuthung streitet — doch so wenig in dieser Richtung als in Betreff ihres Inhaltes irgendwie den Gegenstand der Parteiverhandlungen gebildet haben.

III. Bei Prüfung der beiderseitigen Beweisführung kommt zunächst

A. der oben unter I. A. erwähnte und seinem Sinne nach näher erörternde Beweis des Klägers in Betracht. Zur näheren Feststellung des Zeitraums, über welchen dieser Beweis p. 10. sich zu verbreiten hat, dient Folgendes. Im Vorverfahren hat Kläger erklärt: die betreffende Verfügung des Inspectors der Wetterung nicht beibringen, auch den Zeitpunkt nicht genau angeben zu können:

Unterger.-Act. [10] p. 1. 2. u. 15.

Im Beweisverfahren ist dagegen ein Document

ibid. [27]

producirt, welches ohne Zweifel der unmittelbare Ausfluß der fraglichen Verfügung ist und deren erste Bekundung, den Streittheilen gegenüber, enthält. Denn aus [8] der adjung. Acten geht hervor, daß man sich im Jahre 1834 wegen des damals schon zwischen dem Kläger und der Mutter des Be-

Digitized by Google

klagten ſtreitigen Wegſchlags von Obrigkeitswegen noch lediglich an die Letztere, weil die Wegeſtrecke bisher de facto von ihr
p. 11. unterhalten worden, hielt. Dem entſprechend ſind auch in dem Jahre 1834 nur von ihr, und nicht vom Kläger, Koſten für die von Amtswegen beſchaffte Beſſerung einzelner Wegſchläge eingezogen worden:

Unterger.-Act. [11]

Dagegen erklärt in [27] der Inſpector der Wetterung Dr. Schumacher unter dem 31. October 1837: daß die ſtreitigen Wegeſtrecken, da ſie 1836 und 1837 bei der Schauung nicht gehörig gemacht befunden worden, auf ſeinen Befehl, auf niederfällige Koſten beider Parteien (darunter auch Hagens und Arend Gartelmann Wittwe) gemacht ſeien, und ſind hierauf ſowohl damals als auch im Jahre 1838

Unterger.-Act. [12]

und ſpäter

Ibid. [18] [11]

die Koſten von beiden Theilen erhoben worden.

Danach iſt an und für ſich die Verjährungszeit von 1837
p. 12. rückwärts zu rechnen. Allein da ſchon im Jahre 1834, ausweislich [8] der adj. Acten, die Unterhaltungspflicht zwiſchen den Parteien des jetzigen Prozeſſes ſtreitig geworden iſt, und von da an es jedenfalls klar vorliegt, daß die Unterhaltung der fraglichen Wegeſtrecke von beklagtiſcher Seite nicht mit dem animus, eine auf der Stelle ruhende Laſt abzuführen, beſchafft worden iſt, indem dieſelbe vielmehr von Obrigkeitswegen ausgeführt und der Beklagte resp. ſeine Mutter zur Bezahlung der Koſten dafür zwangsweiſe angehalten worden ſind, ſo muß auch noch von den Jahren 1834 bis 1837 abgeſehen, und kann der Zeitraum, über den die Beweisführung ſich zu erſtrecken hat, nur von 1833 einſchließlich rückwärts gerechnet werden.

Es erſcheint nun als das Natürlichſte, daß man die 30jährige Verjährung, als die den kürzeren Zeitablauf erheiſchende,
p. 13. zum Ausgangspunkte der Unterſuchung macht, und war daher zunächſt zu prüfen, ob und wie weit für die Zeit von 1804 — 1833

Digitized by Google

(beide Jahre einschließlich) der klägerische Beweis geliefert resp. durch Gegenbeweis entkräftet sei.

Soviel nun

1) die Thatsache anlangt, daß der fragliche Wegschlag in der Zeit von 1804 bis 1833 von den Inhabern der beklagtischen Stelle unterhalten worden ist, so erscheint dieselbe, wenn auch nicht vollständig, doch jedenfalls bis zu einem dem Kläger noch nachzulassenden Erfüllungseide erwiesen.

a. Der in Oberblockland in unmittelbarer Nähe der Wetterung ansässige klassische Zeuge Dirk Gartelmann (test. prob. 4.), zur Zeit seiner Vernehmung (Anno 1859) 65 Jahre alt, also im Jahre 1794 geboren,

Unterger.-Act. [49] p. 3—6.

der „seit reichlich 50 Jahren", also seit wenigstens 1809, mit p. 14.
dem Kuhgrabenwege bekannt und über die Unterhaltung desselben Seitens der dazu Verpflichteten genau unterrichtet zu sein erklärt,

Ibid. p. 20. 21.

hat zu Art. prob. 16 ausgesagt:

„Er kenne die fraglichen Verhältnisse seit seiner Jugend genau. Von der beklagtischen Stelle sei, soviel er wisse und gehört habe, der betreffende Schlag, bevor ein Streitschlag errichtet, allein gemacht worden ꝛc."

Dies ist freilich nicht so klar ausgedrückt, wie zu wünschen gewesen wäre. Indessen kann doch, im Beihalt der genauen Kenntniß und eigenen Wissenschaft, die der Zeuge sich beimißt, die Meinung keine andere sein, als: er könne, soweit seine Erinnerung reiche, auf Grund von ihm selbst gemachter Wahrnehmungen und rücksichtlich der früheren Zeit, auf Grund dessen, was er gehört habe, bestätigen, daß der betreffende Schlag von p. 15.
der beklagtischen Stelle gemacht worden. Für einen 25jährigen Zeitraum (1809—1833) liegt also eine directe, den klägerischen Beweissatz bestätigende Zeugenaussage vor.

b. Der Landvogt Recka, ebenfalls ein klassischer Zeuge (seine „weitläufige Verschwägerung" mit Kläger thut seiner Glaubwürdigkeit keinen Abbruch) kann zwar aus eigener Wissenschaft nur sagen, daß von Beklagtens Stelle in den Jahren

Digitized by Google

1832 und 1833 die Unterhaltung allein beschafft sei, „glaubt“ aber, daß es in der früheren Zeit ebenso gehalten worden,

daselbst p. 19.

eine Erklärung, welcher, bei der Stellung des Zeugen als eines Beamten, in dessen Geschäftskreis die hier in Frage stehenden Verhältnisse fallen, nicht alles Gewicht abgesprochen werden kann.

p. 16. c. Nr. 13 der Landherrl. Acten,

ein Concept d. d. 3. October 1825, welches der nicht widersprochenen Behauptung des Klägers nach:

Unterger.-Act. [41] p. 7. 9. vgl. mit [42]

von dem damaligen Inspector der Wetterung, Dr. Schumacher herrührt, enthält die Verfügung, daß für 2 bei der vorausgegangenen Schauung nicht der Anordnung gemäß fertig gefundene und deßhalb für Geld gemachte Schläge am unteren Kuhgrabenwege von Arend Gartelmann Wittwe (der Mutter des Beklagten) 2 ß bei Meidung executivischer Beitreibung zu bezahlen seien. Da nun nach den Acten und insbesondere der Karte [13], andere als die Stücke Nr. 10 und 11 der Wetterung, wegen deren die Wittwe Gartelmann als zur Unterhaltung des Kuhgrabenwegs verpflichtet erachtet werden könnte, nicht ersichtlich sind, so darf angenommen werden, es seien die zu diesen beiden Stücken gehörigen Weg-

p. 17. schläge (also auch der jetzt streitige) gewesen, zu deren Unterhaltung um jene Zeit die Mutter und Vorweserin des Beklagten verpflichtet erachtet und angehalten worden ist.

d. Bei der im Jahre 1834 bezüglich mehrerer Streitschläge, darunter auch des jetzt in Frage stehenden, vor dem Inspector der Wetterung, Dr. Schumacher gepflogenen Verhandlung hat die Mutter des Beklagten zugegeben, daß sie „den fraglichen Wegschlag gemacht“, und nur behauptet, daß dies gegen Benutzung des Nachgrases geschehen und ihr freistehen müsse, das Verhältniß zu kündigen; und Dr. Schumacher darauf, ohne Widerspruch zu finden, ihr und anderen in gleicher Lage befindlichen Grundbesitz ernvorgehalten: „daß, da sie nicht entkannt hätten, daß die Wegstrecken bisher von ihnen unterhalten seien,

Digitized by Google

die Inſpection ſich zunächſt an ſie halten und ſie zur Inſtand- p. 18.
haltung des Weges nöthigen müſſe."

Adj. Acten [8] p. 5. 6.

Wenn hier auch nicht geſagt iſt, ſeit wann die Unterhaltung durch die Seitens der Inſpection als pflichtig behandelten Perſonen geſchehen ſei, ſo muß doch vorausgeſetzt werden, daß ſie ſchon Jahre lang Statt gefunden. Widrigenfalls würden jene Perſonen gewiß Proteſt erhoben und zur Unterſtützung ihrer Behauptung, daß ſie nur für die andere Partei und gegen Benutzung des Nachgraſes von den Wetterungsländereien die Wegunterhaltung beſchafft, ſich darauf berufen haben, daß dies ganze Verhältniß erſt ſeit Kurzem beſtehe, und früher die Gegner die Unterhaltung ſelbſt bewirkt hätten.

Die hier unter b., c. und d. hervorgehobenen Momente verleihen der Ausſage des Zeugen Dirk Gartelmann eine ausreichende Stütze, um es für mehr als halb erwieſen anſehen zu müſſen, daß jedenfalls ſeit 1809 die Unterhaltung des p. 19.
ſtreitigen Wegſchlags von Seiten der Inhaber der beklagtiſchen Stelle beſchafft worden iſt.

Für den Zeitraum von 1804—1808 liegt freilich ein directer Beweis nicht vor; wohl aber haben ſich Momente ergeben, die eine Schlußfolgerung darauf geſtatten, daß es damals ebenſo gehalten worden, wie in der nächſtfolgenden Zeit. Dahin gehört

a. die oben mitgetheilte Ausſage des Zeugen Dirk Gartelmann, freilich inſoweit ſie ſich auf die Zeit vor 1809 bezieht, nur ein testimonium de auditu, aber, nach den vom Zeugen hervorgehobenen Umſtänden, keineswegs aller Beachtung unwerth; ſowie das auch auf jene frühere Zeit ausdrücklich ſich mitbeziehende testimonium de credulitate des Landvogts Recka:

Unterger.-Acten [49] ad. art. prob. 7 u. 10.

b. hauptſächlich aber die als Theil der Landherrlichen p. 20.
Acten im Original vorgelegte Urkunde: „Beſchreibung von den Kuhgraben-Wegen von der kleinen Wumme bis an den Schlagbaum bei den Kuhſiehl im Blocklande" d. d. 4. Auguſt 1773.

Digitized by Google

Es muß, beklagtischen Einwendens ungeachtet, diese Urkunde

α. als ein von den zuständigen Beamten herrührendes und in amtlicher Eigenschaft aufgenommenes Verzeichniß derjenigen in der Wetterung begüterten Personen angesehen werden, welche zur Zeit deren Ausstellung (1773) als zur Unterhaltung des Kuhgrabenwegs, nach Maaßgabe der bei einer jeden einzelnen derselben gemachten näheren Angaben, pflichtig von Obrigkeitswegen betrachtet worden sind. Die archivalische Qualität des Documents ist hier entscheidend. Das bloße
p. 21. Anzweifeln der Aechtheit resp. officiellen Eigenschaft abseiten des Beklagten:

Unterger.-Acten [41],
O.-Ger.-Acten [2] p. 6. flg.,
O.-A.-Ger.-Acten [14] p. 5,

genügt nicht, um dasselbe zu verdächtigen. Es hätten bestimmte Einreden vorgeschützt und begründet werden müssen, was überall nicht geschehen ist.

β. Ebensowenig kann es Berücksichtigung finden, wenn Beklagter bestreitet, daß der dermalen streitige Wegschlag der zu Nr. 11 jener Beschreibung gehörende, resp. daß Harm Geffken, dem dort der zu Nr. 11 gehörende Wegschlag zugeschrieben ist, Vorweser des Beklagten auf dessen jetziger Stelle gewesen. Ersteres ist bereits in den Verhandlungen des Verfahrens festgestellt worden:

Unterger.-Acten [10] p. 4 in f. flg.,
vgl. mit [13] u. [7] p. 2,
O.-A.-Ger.-Acten [26] p. 5 flg.,

p. 22. und daß auf der Stelle des Beklagten zu Oberblockland um das Jahr 1773 Harm Geffken als Interimswirth oder Stellwirth gewesen, muß schon deshalb als constatirt gelten, weil Beklagter, dem durch Prälocut vom 6. September 1859

Unterger.-Acten [40] sub. 2.

sub. poena confessi aufgegeben worden ist, sich über die in Art. 2. [28] angeführten Thatsachen (d. i. eben die Identität der Stelle des Harm Geffken mit derjenigen des Beklagten)

Digitized by Google

bestimmt zu erklären, dieser Aufforderung überall nicht nachgekommen ist; ergiebt sich übrigens auch zur Genüge aus den in den Entscheidungsgründen zum Untergerichts-Erkenntnisse vom 17. April 1860 zusammengestellten Momenten:

Unterger.-Acten [55] p. 2.

γ. Eher könnte gegen die Erheblichkeit der Nr. 10. der Landherrl. Acten deßhalb ein Bedenken erhoben werden, weil daraus nicht mit voller Bestimmtheit hervorgeht, daß das Stück Nr. 11. der Wetterung damals schon so, wie jetzt, zwischen p. 23.
einem Vorbesitzer der beklagtischen Stelle und einem Vorbesitzer des Klägers getheilt gewesen. Wäre die Parzelle in den „Langen Kämpen", die jetzt dem Kläger gehört, zu jener Zeit mit der beklagtischen Stelle vereinigt gewesen, so würde das Document für die dermalen in Streit begriffene Frage jeder Erheblichkeit entbehren. Indessen spricht Alles dafür, daß das Stück Nr. 11. schon damals in eben die Theile zerfallen ist, die sich auf der Karte [13] angemerkt finden,

cf. Landherrl. Acten Nr. 1 u. 2. und Entsch.-Gründe zum Erkenntnisse des O.-Ger. vom 19. Novbr. 1860 in [3] der O.-A.-Ger.-Act. p 30 flg.

und da Beklagter in dieser Richtung überall keinen Einwand vorgebracht hat, durfte über jenes Bedenken hinausgegangen werden.

δ. Dies Alles vorausgeschickt, ergiebt sich aus dem p. 24.
fraglichen Documente, daß bereits im Jahre 1773, bei gleichen Verhältnissen wie sie jetzt obwalten, die Unterhaltungspflicht in Betreff der streitigen Wegestrecke als dem Inhaber der beklagtischen Stelle obliegend angesehen worden ist, und läßt sich nicht wohl bezweifeln, daß um jene Zeit, dieser Ansicht der Behörde entsprechend, auch verfahren, also der fragliche Wegschlag von dem Besitzer der beklagtischen Stelle wirklich gemacht worden ist.

Wenn das Obergericht aus der Art und Weise, wie der Eintrag auf Harm Geffken in Nr. 10. der Landherrl. Acten lautet, die Wahrscheinlichkeit deduciren zu können glaubt, daß dieser damals nur die Hälfte der für die Wetterungsstücke Nr. 10 und 11 ihm zugeschriebenen Last für sich, die andere

Digitized by Google

Hälfte aber für die Vorweser des Klägers und des Jacob
p. 25. Klatte getragen:

O.-A.-Ger.-Acten [4] p. 28. 29.

so kann dies zugegeben werden, ohne daß dadurch die durch jenes Document bekundete Thatsache an ihrer Bedeutsamkeit für den vom Kläger zu liefernden Beweis etwas verliert. Denn es handelt sich nach den Entscheidungsgründen des O.-A.-Gerichts zum Urtheile vom 31. Januar 1859

O.-A.-Ger.-Acten App. I. [26] p. 14.

hier gerade um eine Verjährung, durch welche die Verpflichtung der beklagtischen Stelle begründet worden sein soll, das klägerische Wetterungsland in Beziehung auf Ausübung der fraglichen Unterhaltungspflicht, der Genossenschaft gegenüber, zu vertreten.
p. 26. Liefert aber den vorstehenden Ausführungen zufolge, die Urkunde den Beweis, daß im Jahre 1773 bereits eben der factische Zustand obwaltete, für welchen vom Jahre 1809 ab mehr als halber Beweis vorliegt, so begründet dies zugleich eine Vermuthung dafür, daß der fragliche Zustand während der Zwischenzeit, also insbesondere auch während der hier zunächst in Betracht kommenden Jahre 1804 bis 1809, gleichmäßig bestanden hat, und mußte diese Vermuthung, in Verbindung mit den unter a. erwähnten Zeugnissen des Dirk Gartelmann und Landvogt Recka, für genügend gehalten werden, um es in Beziehung auf den ganzen Zeitraum von 1804—1853 als bis zum Erfüllungseide erwiesen ansehen zu können, daß die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags that-
p. 27. sächlich von Seiten der Inhaber der beklagtischen Stelle beschafft worden ist.

2. Seinen Gegenbeweis hat der Beklagte darauf gerichtet, daß von jeher, vermöge einer s. g. „Landregel“, die Unterhaltung des Kuhgrabenwegs eine auf den „Langen Kämpen“ ruhende Last sei, woraus folge, daß diese Last dem Kläger, der den in die „Langen Kämpe“ fallenden Theil des Stücks Nr. 11. besitze, und nicht dem Beklagten, der daselbst gar nicht begütert sei, obliege. Diese ganze Art der Gegenbeweisführung kann aber für pertinent nicht erachtet werden. Die Entscheidungs-

Digitized by Google

gründe zum O.-A.-Gerichts-Erkenntnisse vom 31 Januar 1859 sub. II. B. 3. (p. 10 flg.) haben bereits ausgeführt, daß an und für sich auf allen in der Wetterung belegenen Ländereien — also, was insbesondere das Stück Nr. 11. anlangt, sowohl auf p. 28. der klägerischen als auf der beklagtischen Parzelle — die Verpflichtung zur Unterhaltung des Kuhgrabenwegs ruhe; daß aber, wie es sich auch mit dieser Unterhaltungspflicht der Genossenschaft und der diese vertretenden Behörde gegenüber verhalten möge, doch im Verhältnisse zweier Grundbesitzer zu einander durch Verjährung ein Rechtsverhältniß herbeigeführt werden könne, vermöge dessen der Eine verpflichtet sei, den Anderen in Beziehung auf die fragliche Unterhaltungslast der Genossenschaft gegenüber zu vertreten. — Die vom Beklagten in Bezug genommene „Landregel“ regulirt nun offenbar das Verhältniß der Grundbesitzer zur Genossenschaft, freilich in einer von jener der Natur der Verhältnisse entsprechenden Voraussetzung abweichenden Weise, jedoch ohne daß die dort p. 29. hervorgehobene rechtliche Bedeutung der Verjährung eine andere würde. Wäre, ungeachtet jener Regel, die Verjährungszeit hindurch die Unterhaltung des zum Stücke Nr. 11. gehörigen Wegschlags nicht vom Kläger resp. dessen Vorbesitzern, welche doch der Genossenschaft gegenüber allein verpflichtet waren, sondern von den, der Genossenschaft gegenüber, nicht verpflichteten Inhabern der beklagtischen Stelle beschafft worden, so würde eben daraus von selbst folgen, daß hier nur eine Vertretung der klägerischen Parzelle Nr. 11, auf welcher, nach der Landregel, die fragliche Last haftete, bezweckt worden sein könnte; es würde also die Existenz jener Landregel nicht dagegen, sondern gerade dafür sprechen, daß die Wegunter- p. 30. haltung mit einem der hier in Frage stehenden Verjährung entsprechenden animus beschafft worden.

3. Es bleibt hiernach für den beklagtischen Gegenbeweis nur dasjenige übrig, was bei Gelegenheit der klägerischen Beweisführung darüber vorgekommen ist, daß die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags von Seiten der Inhaber der beklagtischen Stelle gegen Ueberlassung des Nachgrases von dem

Digitized by Google

klägerischen Theile des Stückes Nr. 11. der Wetterung beschafft worden sei. Dies steht aber

B. mit dem dem Beklagten nachgelassenen Einrede-Beweise in einer so nahen Verbindung, daß gleichzeitig auch dieser ins Auge gefaßt werden muß.

Wenn überhaupt zwischen Unterhaltung des fraglichen
p. 31. Wegschlags und Benutzung des Nachgrases von dem klägerischen Lande ein rechtlicher Zusammenhang bestand, so kann derselbe einen zwiefachen juristischen Charakter an sich getragen haben.

1) Es kann ein rein obligatorisches Verhältniß gewesen sein, indem durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag der jedesmalige Inhaber der beklagtischen Stelle, den Besitzern der nunmehr dem Kläger gehörenden Parzelle des Stücks Nr. 11 gegenüber, die persönliche Verpflichtung übernahm, gegen Ueberlassung des Nachgrases von dieser Parzelle, die auf derselben ruhende Last, der Genossenschaft gegenüber, abzuführen.

2) Der Zusammenhang kann aber auch als ein dinglicher
p. 32. behandelt worden sein. Wie es, namentlich bei Frohnden, häufig vorkommt, daß dem Dienstpflichtigen gewisse, übrigens nicht den Charakter eines Aequivalents an sich tragende Gegenleistungen, s. g. Dienstpröven, gemacht werden müssen:

Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 251. VIII.
Mittermaier, Deutsches Privatrecht, § 172.

so ist es auch denkbar, daß im vorliegenden Falle die Unterhaltungspflicht als eine zwar auf dem beklagtischen Grundbesitze ruhende, jedoch nur gegen die fragliche Vergütung zu leistende ausgeübt worden wäre.

Der dem Beklagten durch das Interlocut vom 21. April 1857 freigelassene Beweis kann zwar nur von einem obligatorischen Verhältnisse der unter 1) bezeichneten Art verstanden werden.
p. 33. Hierfür sprechen sowohl die Worte des Beweissatzes im Beihalte des letzten Entscheidungsgrundes, als auch, und vornehmlich der Umstand, daß Beklagter in den Verhandlungen des ersten Verfahrens das Verhältniß grade als ein solches rein persönliches geschildert hatte:

Unterger.-Acten. Prot. vom 14. October 1856. p. 1. Dupl. [7] p. 9.

Digitized by Google

Darin liegt aber kein Hinderniß, bei Prüfung des Beweismaterials auch die sub. 2. characterisirte Möglichkeit ins Auge zu fassen, und zwar als ein zum directen Gegenbeweise gehöriges Moment. Ist es nämlich, wie oben (sub. I. A. 3.) gezeigt worden, im vorliegenden Falle Aufgabe des Gegenbeweises, darzuthun, daß der Schluß, welcher aus der seitherigen factischen Wegeunterhaltung abseiten der beklagtischen Stell- p. 34.
inhaber auf den animus, eine dieser Stelle obliegende Last abzuführen, an und für sich gezogen werden kann, nach Maaßgabe der obwaltenden besonderen Verhältnisse überhaupt nicht Platz greift; so muß dem Probaten freistehen, auch das minus gegenbeweislich darzuthun, daß die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags zwar als eine auf der beklagtischen Stelle ruhende Last beschafft worden ist, jedoch nicht umsonst, sondern nur gegen Gewährung einer in der Benutzung des Nachgrases von dem herrschenden Grundstücke liegenden Vergütung, indem hieraus von selbst folgt, daß, sobald — wie vorliegend geschehen — die Vergütung verweigert wird, auch jene Leistung nicht weiter beansprucht werden kann.

In der That scheinen denn auch bereits die vorigen Gerichte bei Prüfung des beklagtischen Beweises den eben bezeichneten p. 35.
Standtpunkt eingenommen zu haben. Der im Untergerichts-Erkenntnisse vom 17. April 1860 dem Kläger auferlegte und vom Obergerichte bestätigte Reinigungseid:

> daß weder er selbst, noch, soviel er wisse, seine Vorweser mit dem Beklagten oder dessen Vorweser dahin übereingekommen sind, die Unterhaltung des streitigen Wegschlags sei Seitens der Stelle des Beklagten gegen Benutzung des Nachgrases auf dem klägerischen Wetterungslande zu beschaffen,

geht zwar noch auf einen Vertrag, aber auf einen Vertrag, durch welchen nicht sowohl die Verpflichtung der Contrahenten p. 36.
für ihre Person, als vielmehr eine gegenseitige Verpflichtung der von ihnen vertretenen Grundstücke constituirt worden sein würde, also nicht mehr, wie der zweite Beweissatz des Interlocuts vom 21. April 1857 auf ein rein obligatorisches, sondern

Digitized by Google

auf ein dingliches Verhältniß der oben sub. 2. characterisirten Art. Zieht man aber einmal dieses letztere mit in Betracht, so darf auf die Nachweisung eines demselben zu Grunde liegenden Vertrags nicht das entscheidende Gewicht gelegt werden. Es muß vielmehr wie für den klägerischen Beweis, so auch für den hier fraglichen Gegenbeweis des Beklagten, bis auf Weiteres, genügen, wenn die Existenz eines dem zu erweisenden Rechtsverhältnisse entsprechenden äußeren thatsächlichen Zustandes dargethan wird.

p. 37. Was nun in Beziehung auf die Grasnutzung durch das Beweisverfahren erhoben worden ist, besteht in folgenden Zeugenaussagen:

1) Landvogt Recka (test. prob. 1. des Klägers) sagt ad Interrog. in art. 13. aus: Die, wie er wisse, in den Jahren 1832 und 1833, und, soviel er glaube, auch früher, von Beklagtens Stelle allein beschaffte Unterhaltung des fraglichen Wegschlags sei „wahrscheinlich“ resp. „wie er glaube“ gegen Benutzung des Nachgrases geschehen, nicht unentgeltlich.

[49] p. 16. 20.

2) Dirk Gartelmann (test. prob. 4. des Klägers), der, wie bereits bemerkt, über die Zeit von 1809—1834 aus eigener Wissenschaft, über die vorausgegangenen Jahre de auditu deponirt, hat sich ad. art. 16. über die Grasnutzung
p. 38. im Anschlusse an seine die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags betreffende Deposition dahin geäußert: Von der beklagtischen Stelle sei, soviel er wisse und gehört habe, der betreffende Schlag — — allein gemacht worden, indessen, wie er dies auch von seinen Eltern gehört habe, gegen Ueberlassung des Nachgrases.

Ibid. p. 13.

Nach dem, was oben über die Bedeutung der ganzen Aussage dieses Zeugen bemerkt worden, kann der Schluß derselben nicht dahin verstanden werden, daß Zeuge von der Ueberlassung des Nachgrases überhaupt nur durch Mittheilung seiner Eltern etwas wisse, sondern es stellt sich als die eigentliche Meinung des Zeugen heraus: Bis zum Jahre 1809 rückwärts habe

Digitized by Google

er eigene Wissenschaft davon, daß der betreffende Schlag von der beklagtischen Stelle nur „gegen Ueberlassung des Nachgrases“ gemacht worden sei, hinsichtlich der früheren Zeit habe er dies von seinen Eltern gehört.

3. Friedr. Gartelmann (test. prob. 1. des Beklagten) p. 39. von Oberblockland, 63 Jahre alt, so daß seine Erinnerung bis c. 1810 hinaufreicht, weiß nur, daß bevor der Streit anfing, also vor 1834, Beklagter oder seine Vorweser auf das Land des Klägers in der Wetterung, und zwar auf das Nachgras, Vieh trieben. Das habe er mit eigenen Augen gesehen. Ob dies auf Grund eines Vertrags resp. unter welchen Bedingungen es geschehe, wisse er nicht.

[46] ad art. prob. 3. [53] ad Interrog. spec. 1. in Art. 3.

4., Gerd Gartelmann (test. prob. 2. des Beklagten) 34, also im Jahre 1834 erst 8 Jahre alt, und in gleichen Streit wie der gegenwärtige mit Kläger verwickelt, hat erzählen hören, das Beklagter oder dessen Vorweser, wenn sie die Unterhaltung des fraglichen Stück Weges besorgten, dafür als Ver- p. 40. gütung das Nachgras von des Klägers Kämpen von diesem bezogen, kann dies aber nicht aus eigener Wissenschaft behaupten. Ueber einen deshalb zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag habe er Nichts reden hören.

[46] ad art. prob. 3. [53] ad Interrog. spec. 1. in Art. 3.

5., Johann Gartelmann Wittwe, Katharine geb. Gartelmann (test. prob. 3. des Beklagten) giebt an: Vor etwa 4 Jahren (also um 1846) habe der Kläger ihrem damals noch lebenden Ehemann durch sie (später: wie sie durch diesen erfahren) außer dem Nachgrase noch 50 ℔ bieten lassen, wenn er statt seiner das streitige Stück Weg übernehmen wolle. Seit Errichtung des Streitschlages sei das Nachgras vom Kläger ihrem Manne und nachher ihr zugestanden, wofür sie dessen Fleethe und Schinkel in Ordnung zu halten habe. Bevor der Streitschlag angeordnet worden, habe Beklagter resp. dessen Vorweser das Nachgras bezogen, ob aber als Vergütung für p. 41. die Unterhaltung des streitigen Weges oder unter welchen Bedingungen sonst, wisse sie nicht.

Digitized by Google

[46] ad. art. prob. 3. [53] ad. Int. sp. 1. u. 2. in Art. 3.

Anlangend die aus diesen Zeugenaussagen für den beklagtischen Einrede- resp. Gegenbeweis zu entnehmenden Argumente, so steht dadurch, daß der Kläger den auferlegten Reinigungseid nicht angefochten hat, rechtskräftig fest, daß er zum Obsiege nicht gelangen kann, ohne vorher wenigstens zu beschwören, daß ein Vertrag des in der Formel des Reinigungseides näher bezeichneten Inhaltes nicht abgeschlossen worden. Der Beklagte seinerseits hat

a. eine besondere Beschwerde nur darüber angebracht, daß dem Kläger der Reinigungs- und nicht vielmehr ihm, dem
p. 42. Beklagten, ein Erfüllungs-Eid zuerkannt worden ist. Diese Beschwerde muß für unbegründet gehalten werden. Auch wenn man, obigen Ausführungen zufolge, kein besonderes Gewicht auf den Vertrag legt, sondern lediglich den thatsächlichen Zusammenhang zwischen der Unterhaltung des fraglichen Wegschlags durch die beklagtischen Stellbesitzer einerseits und dem Bezuge des Nachgrases von dem klägerischen Wetterungslande andererseits in Betracht zieht, kann man nicht weiter kommen, als zu einem dem Kläger aufzulegenden Reinigungseide. Daß die Vorbesitzer des Beklagten das Nachgras von dem klägerischen Lande benutzt haben, ist freilich nicht allein von Friedrich Gartelmann (oben sub. c.) und der Wittwe Gartelmann (sub. d.), deren Erinnerung allerdings nur bis c. 1827 zurückgeht, sondern auch von Dirk Gartelmann (oben sub. a.) auf Grund eigener Wahrnehmung bezeugt und somit für den größeren Theil des
p. 43. in Betracht kommenden Zeitraums (bis c. 1809 rückwärts) jedenfalls mehr als halb erwiesen. Auch liegt dafür, daß — wie Kläger behauptet — jene Grasnutzung heimlich erfolgt sei, nicht das geringste vor; und man würde, wenn über anderweite Leistungen, welche die beklagtischen Stellinhaber für den Kläger und seine Vorbesitzer gemacht, nichts constirte, (da ein animus donandi auf keiner von beiden Seiten zu vermuthen ist) zu der Schlußfolgerung berechtigt sein; daß die Grasnutzung eben für die Wegeunterhaltung gewährt sein müsse. Allein in dieser

Digitized by Google

Beziehung kommt die von der Mutter und Rechtsvorgängerin des Beklagten in dem früheren Processe:

Adj. Acten [5] pag. 15. 16.

abgegebene Erklärung in Betracht: „Früherhin habe sie gegen das Nachgras die Fleethe, Schinkel und sonstigen Lasten mieth- p. 44.
weise gemacht.“ So wenig diese Erklärung es ausschließt, daß das Nachgras auch eine Vergütung für die Unterhaltung des Kuhgrabenwegs gewesen sein kann, so constirt doch durch dieselbe, daß noch andere Leistungen von der beklagtischen Stelle für das klägerische Land gemacht worden sind, für welche das Nachgras von diesem als Vergütung gedient hat, und cessirt damit der Schluß: daß dasselbe nur eine Gegenleistung für Unterhaltung des fraglichen Wegschlages gewesen sein könne.

Positiv liegt aber für diesen Zusammenhang Nichts vor, als die nach obiger Auslegung freilich bestimmte, aber ganz generell gehaltene Aussage des Dirk Gartelmann über ein Verhältniß, welches den Gegenstand unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung nicht bildet: also eine bloße Schlußfolgerung des Zeugen aus nicht angegebenen factischen Voraussetzungen, welcher in Verhältnissen der vorliegenden Art freilich nicht jeder Werth p. 45.
abgesprochen werden kann; das eben so generell gehaltene testimonium de credulitate des Zeugen Recka und das testimonium de auditu des gewiß nicht unbefangenen Gerd Gartelmann (oben sub d.). Auf die Aussage der Wittwe Gartelmann über die ihrem Ehemanne vom Kläger lange nach der Zeit, wo der fragliche Wegschlag ein streitiger geworden, gemachte Anerbietung kann gar Nichts ankommen. Jene Zeugnisse aber liefern, auch wenn von dem Vertrage ganz abgesehen wird, den Gegenbeweis nicht soweit, daß dem Beklagten statt dem Kläger ein richterlicher Eid aufzulegen wäre.

b. Dagegen mußte sich, obgleich es an einer speciellen Beschwerde in dieser Richtung fehlt, das O.-A.-Gericht veranlaßt sehen, das Eidesthema, so wie geschehen, zu Gunsten des Beklagten abzuändern. Die formelle Statthaftigkeit dieser Abänderung ergiebt sich daraus, daß, wenn auf die Beschwerde p. 46.
des Klägers, dessen Beweis günstiger, als in voriger Instanz

geschehen, zu beurtheilen war, die in den Acten liegenden Gegenbeweismomente von Amtswegen in Berücksichtigung gezogen werden mußten. In materieller Beziehung aber erscheint jene Abänderung als die nothwendige Folge davon, daß es, nach der obigen Ausführung, für den Gegenbeweis des Beklagten nicht auf den speciellen Nachweis eines über die Grasnutzung geschlossenen Vertrags, sondern nur darauf ankommt, ob die Vorbesitzer des Beklagten für die Unterhaltung des fraglichen Wegschlags thatsächlich eine in Ueberlassung des Nachgrases von dem klägerischen Wetterungslande bestehende Vergütung bezogen haben. Sollte dies auch nur in Einem der betreffenden Jahre geschehen und damit für dieses Jahr ein der von dem
p. 47. Kläger behaupteten Reallast widersprechender animus des Leistenden constatirt sein, so würde dies eine Unterbrechung der Verjährung involviren und der ganze klägerische Beweis dadurch entkräftet werden.

Anlangend die Eidesformel, so war der Eid des Klägers, da es sich für ihn um facta aliena handelt, nach § 230 der Brem. Ger. Ordnung, in so weit, als er zur Bewahrheitung einer eigenen Behauptung des Schwörenden dienen soll, auf Nichtandereswissen, insoweit er dagegen zur Entkräftung einer Behauptung des Gegners bestimmt ist, auf bloßes Nichtwissen zu stellen, dem Kläger jedoch zugleich eine vorgängige sorgfältige Erforschung des Sachverhältnisses zur Pflicht zu machen.

Auf die Immemorial-Praescription brauchte, bei dem vorstehenden Ergebnisse des über die 30jährige Verjährung geführten
p. 48. Beweises, nicht weiter eingegangen zu werden. Kann Kläger mittelst Ableistung der ihm zuerkannten Eide den Erwerb des von ihm behaupteten Rechts durch dreißigjährige Verjährung darthun, so kommt es auf die vorausgegangene Zeit nicht mehr an; mißglückt dagegen der Beweis der Ausübung des fraglichen Rechts während der letzten 30 Jahre vor Erhebung der fraglichen Streitfrage zwischen den Parteien, so folgt daraus von selbst, daß auch eine Ausübung seit unvordenklicher Zeit nicht dargethan sein kann.

Digitized by Google

Anlangend endlich den Kostenpunkt, so waren die Kosten erster Instanz auszusetzen; wogegen es schon in Ermangelung einer besonderen Beschwerde, bei der Vergleichung der Kosten voriger Instanz zu belassen war, und auch eine Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz, nach Maaßgabe der in der Hauptsache getroffenen Entscheidung, als angemessen sich darstellte.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Simon Meyer aus Adelebsen, Königlich Hannoverschen Amts Uslar, Beklagtens und Impetratens, jetzt Appellantens, wider Isaak Pincus Goslar in Bremen, Klägern und Impetranten, jetzt Appellaten, Arrest und Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem der Beklagte wider den Ablauf der Einführungs- und Rechtfertigungs Frist in den vorigen Stand gesetzt worden, für berichtigt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. October 1861, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, insoweit darüber nicht bereits erkannt worden, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 16. Mai 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Wenn sich der Beklagte in voriger und jetziger Instanz p. 2.

[25] der O.-Ger. Acten.

[1] der O.-A.-Ger. Acten.

zunächst darüber beschwert, daß die in der Replick versuchte Ueberführung des Arrestrechtfertigungsverfahrens in eine Klage auf Verurtheilung des Beklagten für zulässig erachtet sei, so übersieht er gänzlich, daß das Obergericht in seinem Bescheide vom 18. Februar 1861 decis. 4. verbunden mit rat. 3.

[8] der O.-Ger. Acten.

die ohne Sachführer abgefaßte [2] der Obergerichts Acten ersichtliche Vorstellung in Verbindung mit dem zweiten Präjudiz der Citation vom 2. Februar 1861, [1] der Obergerichts Acten, welches auf Verurtheilung des Beklagten gerichtet ist, bereits als Klagantrag aufgefaßt und dem Beklagten eine Erklärung binnen acht Tage über die liquide Forderung von 753 ℛ 14½ *sgr.* p. 3. Pr. Court. aufgegeben hat. In der Replikenschrift

[18] der O.-Ger. Acten.

ist also nur eine, zumal nach §. 153 der Bremischen Ger.-Ordnung völlig zulässige Klagverbesserung zu finden; und überdies hat eine in der Replik eines Arrestverfahrens erhobene Klage auf Verurtheilung in die Forderung, um derentwillen Arrest gebeten war, weder nach gemeinem noch nach bremischem Rechte das geringste Bedenken.

Zweifelhafter mußte die Frage genannt werden, ob die Hauptsache auf dem Wege des ordentlichen oder des Executiv-

Digitized by Google

Processes verhandelt worden sei. Da nämlich das Ober-Appellations-Gericht bei den in den Gründen zur Sache
von Tungeln Wwe., contra Winkelmann
p. 4. unterm 18. December 1856 entwickelten Rechtssätzen in Betreff des in Bremen durch die Praxis festgehaltenen Executivprozesses verharrt, so mußte es bedenklich erscheinen, ob beim Mangel einer auf dessen Einleitung gerichteten Bitte in der obgedachten Vorstellung und beim Abgang eines diese Einleitung klar vorschreibenden richterlichen Decrets eine Proceßart als gewählt angesehen werden dürfe, welche durch Verweisung von illiquiden Einreden zur besonderen Ausführung eine bedeutende Beschränkung der Rechtsvertheidigung des Beklagten enthält. Nun konnte es aber dahin gestellt bleiben, ob die in [2] enthaltene Bezugnahme auf die liquide Forderung in Verbindung mit dem Präjudiz
p. 5. der Citation, die Auflage, sich darüber binnen acht Tagen zu erklären, während die Fristen im ordentlichen Verfahren vierzehn Tage nach § 140. der Ger.-Ordn. betragen, die wiederholte Bewilligung fernerer Fristen salvo processu abseiten des Klägers, Worte, die sich nur auf das Verfahren in der Hauptsache beziehen können, da das Personal-Arrestverfahren durch den Bescheid vom 18. Februar 1861 decis. 3. und der Realarrest unterm 11. März 1861 ihre Erledigung gefunden hatten, den Kläger in der Replikenschrift zu der Aeußerung berechtigten, er wolle sich auf die Einreden seines Gegners nur eventuell, unter Vorbehalt seines Rechts auf Festhaltung des Executivprozesses, einlassen, da die vom Gegner als echt anerkannte Urkunde in
[6] (nicht [7]) der O.-Ger. Acten.
seinen Antrag auf Verurtheilung des Gegners in den liquiden
p. 6. Betrag seiner Forderung rechtfertige, und die Einreden höchstens zur besonderen Ausführung zu verweisen seien; indem, wenn hierin nicht eine Vervollständigung des eingeleiteten Executivprocesses, sondern der erste Antrag auf diesen gefunden werden müßte, es an einem die Einleitung verfügenden Richterdecret fehlen würde. — Denn einmal ist in der Duplikenschrift
[20] der O.-Ger. Acten.
zwar gegen die Ueberleitung des Arrestverfahrens in eine Klage

Digitized by Google

Verwahrung eingelegt, nicht aber dagegen, daß diese Klage, wenn zulässigerweise angestellt, im Executivproceß verhandelt werde. Sodann aber fehlt es an einer gegen die Annahme seiner Anstellung gerichteten Beschwerde. Denn die vierte in voriger und jetziger Instanz ist ihrer Wortfassung nach nur darauf gerichtet, daß dem Schriftstück [6] die Kraft einer executivischen Urkunde beigelegt worden sei. Diese Eigenschaft aber war ihr in keiner Weise abzusprechen, da das Fehlen der Executivclausel für bedeutungslos zur Einleitung des Executivprocesses erachtet wird und der Mangel eines Zahlungstermins, nach dem Grundsatz, daß unbetagte Forderungen sofort eingeklagt werden können, wie Ober-Appellations-Gericht schon früher anerkannt hat, seiner Statthaftigkeit nicht entgegen steht. p. 7.

Gänzlich abwegig sind endlich die zweite und die dritte Beschwerde. Mit jener verlangt der Beklagte, daß der in [6] enthaltenen Urkunde die Bedeutung eines selbstständigen Verpflichtungsgrundes abgesprochen werde. Die dritte dagegen ist darauf gerichtet, daß die Klage angebrachtermaaßen abgewiesen und höchstens der Kläger zum Beweise der von dem Beklagten bestrittenen Posten der Rechnung zugelassen werde. Man mag nämlich, wofür ungeachtet des in der Urkunde nicht ausdrücklich enthaltenen Zahlungsversprechens Manches spricht, die fragliche Urkunde als constitutum auffassen, und annehmen, daß hieraus geklagt sei, oder man mag dieselbe lediglich als außergerichtliches Geständniß über ein vorhandenes detaillirtes Schuldverhältniß ansehen, und dieses für den Klaggrund halten; in dem einen wie in dem anderen Falle sind durch das anerkannte Document der neue Verpflichtungsgrund wie die Posten der alten Forderung vollständig liquide, da die Behauptung des Beklagten, der Gegner habe in seiner Replikenschrift Angaben gemacht, welche die Liquidität der einzelnen Posten beseitigten, in dieser Schrift keine Stütze findet. Unter allen Umständen waren daher die Einwendungen des Beklagten zur besonderen Ausführung zu verweisen, die Frage aber, ob die Urkurde selbstständiger Verpflichtungsgrund oder Beweisdocument sei, welche für die Fassung des Beweises jener Einwendungen von Erheblichkeit p. 8. p. 9.

Digitized by Google

ist, zur Zeit schon um deswillen nicht zu entscheiden, weil es zweifelhaft sein könnte, ob eine solche Entscheidung für die künftige etwaige Beurtheilung jener Einreden rechtsverbindende Kraft haben würde.

p. 10. Der Antrag des Klägers dagegen, den Beklagten zur Leistung einer Realcaution von 150 ℛ bei Fortsetzung des Processes anzuhalten, war zu verwerfen, da der Beklagte, wie der Kläger auch durch Nichtvollstreckung des Personalarrestes selbst anerkannt, mittellos ist, gegen angeblich frivoles Processiren armer Parteien nur auf Gefängnißstrafe angetragen werden kann, die Beschreitung der gegenwärtigen Instanz aber in Beihalt der obigen Ausführungen, den Executivprozeß betreffend, nicht als Frivolität aufzufassen war.

Die Verwerfung der Beschwerden des Beklagten hat seine Verurtheilung in die Kosten gegenwärtiger Instanz zur Folge.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Maria Antoinette geb. Gärdes, verehelichter Blasius, zu Bremen, jetzt in Ollen im Großherzogthum Oldenburg sich aufhaltend, Beklagte, jetzt Appellantin, wider ihren Ehemann Carl Georg Blasius zu Bremen, Klägern, jetzt Appellaten, betreffend Rückkehr der Beklagten zu dem Kläger, wird den Parteien der am 20. Juli d. J. erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands aus den Gründen der vorigen Richter und da der in zweiter Instanz gestellte, durch die dritte Beschwerde gegenwärtiger Instanz hieselbst wiederholte Antrag auf Aussetzung der Entscheidung in der vorliegenden Sache bis zur Beendigung des anderen unter den Parteien wegen Scheidung von Tisch und Bett geführten Prozesses durch das in dem letzteren am heutigen Tage abgegebene Erkenntniß seine Erledigung findet, für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 20. April 1863, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch die Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Digitized by Google

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen, welches auch um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Kläger ersucht werden soll.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. Sept. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Maria Antoinette geb. Gärdes, verehelichter Blasius zu Bremen, jetzt in Ollen im Großherzogthum Oldenburg sich aufhaltend, Klägerin, jetzt Appellantin, wider ihren Ehemann Carl Georg Blasius zu Bremen, Beklagten jetzt Appellaten, betreffend Trennung von Tisch und Bett, wird den Parteien der am 20. Juli d. J. erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 20. April 1863, aus den in demselben enthaltenen Gründen, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, auch die Klägerin in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen, welches auch um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Beklagten ersucht werden soll.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. Sept. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Maria Antoinette geb. Gärdes, verehelichter Blasius zu Bremen, Implorantin, jetzt Appellantin, wider ihren Ehemann Carl Georg Blasius jun. daselbst, Imploraten, jetzt Appellaten, zur Sache des Debitwesens des Letzteren, betreffend Bestätigung eines Accordes, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 16. März 1863, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, auch die Implorantin in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an die Debit-Commission zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. Sept. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Der von dem Imploraten gegen die Beachtung der pag. 2.
implorantischen Appellationsformalien erhobene Einwand, daß, obschon die Implorantin nicht allein ihn, sondern auch die Deputirten seiner Debitmasse, zur Notification der wider das Obergerichts-Erkenntniß vom 16. März 1863 zu ergreifenden Ober-Appellation habe vorladen lassen müssen, nur das Erstere geschehen sei,

O.-Ger.-Acten [8]

mußte verworfen werden. Dem Imploraten steht bei diesem Einwande schon der Umstand entscheidend entgegen, daß die Sententia a qua nur ihn, nicht auch die Deputirten seiner Masse, als Gegner der Implorantin aufgefaßt und bezeichnet hat. Die Implorantin konnte mithin bei dem wider jenes Erkenntniß zu richtenden Rechtsmittel nur ihn als ihren Gegner ansehen und behandeln. Es kommt hiernach darauf nicht einmal an, pag. 3.
daß, wie aus der Erklärung der Deputirten vor dem Obergerichte

O.-Ger.-Prot. 16. Febr. 1863

hervorgeht, dieselben die Befugniß des Gemeinschuldners anerkannt haben, den zur Verhandlung gebrachten Streitpunkt ohne ihre Concurrenz zur Erledigung zu bringen.

Anlangend

II. die Sache selbst, so war das Obergerichts-Erkenntniß lediglich zu confirmiren.

Die

Gravamina 1 und 2 der Implorantin, daß nicht das den Concurs für eröffnet erklärende Erkenntniß der Obergerichts-Commission vom 8. Januar 1863 vom Obergerichte confirmirt worden sei, beruheten auf den beiden Behauptungen:

a. daß der Implorat der formellen Befugniß entbehre, in Betreff der Nöthigung der Implorantin zur Anerkennung der pag. 4.
Verbindlichkeit des Accordes aus *seiner* Person selbstständig Rechte geltend zu machen, und daß

Digitized by Google

b) die Implorantin nach dem Inhalt der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen nicht verpflichtet erachtet werden könne, für den Fall die Verbindlichkeit des Accordes anzuerkennen, wenn die Lage der Masse eine solche sein sollte, daß sie, die Implorantin, bei concursmäßiger Abwickelung des Debitwesens leer ausgehen werde.

Beide vorstehend aufgeführte Behauptungen erscheinen völlig grundlos. Einer hierauf zu richtenden Ausführung bedarf es nicht, da das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen die Hinfälligkeit derselben, unter Verweisung auf die
pag. 5. zur Anwendung kommenden Bestimmungen der Debit-Verordnung überzeugend nachgewiesen hat.

Auch das

Gravamen 3, daß nicht jedenfalls unter Aussetzung des Erkenntnisses über die eventuelle Verbindlichkeit der Implorantin zur Annahme des Accordes, den Deputirten vorgängig vollständige Realisirung der Masse-Activa aufgelegt worden sei, erschien verwerflich. Nach Wortlaut und Sinn der bezüglichen Bestimmungen der Debit-Verordnung (besonders der §§ 162 und 180), kann über die Grundlosigkeit des hier gestellten Verlangens der Implorantin kein Zweifel bestehen.

Anlangend endlich das

Gravamen 4., daß nicht dem Imploraten der Nachweis aufgelegt worden sei, die Appellantin würde beim concurs-
pag. 6. mäßigen Verfahren weder ganz noch theilweise zur Befriedigung für ihre Forderung gelangen, wobei die Implorantin zugleich bestritten hat, daß der vorgedachte Umstand nach dem, was vorliege, bis dahin, wo die Implorantin specielle und bescheinigte Anführungen für das Gegentheil vorgebracht haben werde, als vorliegend anzunehmen sei, so mußte auch in Betreff dieser beiden Puncte der Obergerichts-Entscheidung beigepflichtet werden.

Zuvörderst ist es unbegründet, wenn die Implorantin das Bremische Debit-Verfahren wie einen gewöhnlichen Civilproceß

Digitized by Google

behandelt wissen will, in welchem jedesmal, wenn relevante factische Puncte bestritten sind, auf Beweis zu erkennen und zwar Demjenigen die Beweislast aufzulegen ist, welcher sich auf jene Puncte beruft. Denn wenn auch unter Umständen besondere Beweis-Anordnungen zulässig und sogar nothwendig erscheinen können, so findet dies doch der Regel nach nicht, und insbesondere nicht bei einem Verhältnisse der vorliegenden Art Statt, bei welchem die mit der Leitung der betreffenden Masse beauftragte Obergerichts-Commission ihre Official-Thätigkeit zur Prüfung und Beurtheilung des factischen Bestandes zu verwenden hat. — Es erscheint hiernach völlig gerechtfertigt, daß die vorigen Richter die bezüglichen in den Acten liegenden Momente in der Richtung geprüft haben, ob nach diesen schon ohne Weiteres, eventuell wenigstens unter dem Vorbehalt für die Implorantin, ihrerseits noch Monita vorbringen und bescheinigen zu dürfen, anzunehmen sei, daß sie bei concursmäßiger Abwickelung der Masse leer ausgehen werde. pag. 7.

Und auch in dem Ergebniß dieser Prüfung war den vorigen Richtern unbedenklich beizupflichten. pag. 8.

Unbestritten ist es, daß der Implorantin bei der Vertheilung der Masse vorgehen würden: Blasius sen. mit 1000 ℔, das Kind des Imploraten erster Ehe mit 13,558 ℔ 2 ℋ. Es kommt mithin darauf an, ob die bisherigen Angaben der Deputirten und der sonstige Acten-Inhalt die Annahme begründet erscheinen lassen, daß nicht mehr als höchstens circa 14,500 ℔ (1000 ℔ und 13,558 ℔ 2 ℋ) aus der Veräußerung der Activa würden gelöset werden.

Dies ist zu bejahen. Nach der auf Veranlassung der Deputirten veranstalteten Prüfung des Massebuchhalters und dem von ihnen als zuverlässig bezeichneten Bericht desselben ist, absehen von dem Ergebnisse des Assecuranzprozesses, als wahrscheinliches Ergebniß einer Liquidation der Activa anzunehmen eine nicht größere Summe als: pag. 9.

Digitized by Google

℔ 8887 „ 35 ß

Hiervon sind indessen zu kürzen:
zwei auf Waaren in Brake und London haftende Vorschüsse von zusammen . . . ℔ 2806 „ 32 ß
höchstprivilegirte Forderungen ca. „ 900 „ — „

„ 3706 „ 32 „

es bleiben hierauf nur übrig . . ℔ 5181 „ 3 ß

wovon noch die Massekosten zu kürzen sein würden. Rechnet man zu der vorstehenden Summe den Belauf der Assecuranzforderung mit 9000 ℔, da die Implorantin mit Recht geltend macht, daß nach dem, was bisher vorliege, die Veranschlagung derselben auf einen geringeren Betrag als den eingeklagten Belauf nicht gerechtfertigt sein würde — so würde doch eine zur Deckung auch nur eines Theils der implorantischen Forderung erforderliche Summe nicht erreicht werden, sondern auf ein Minderergebniß von mehreren hundert Thalern zu rechnen sein.

pag. 10. Bei dieser Annahme darf auf Grund der amtlichen Angaben der Deputirten und des Massebuchhalters um so unbedenklicher verblieben werden, als die Implorantin specielle Einwendungen gegen die Angaben der Massevertreter überhaupt nicht vorgebracht hat, auch etwas Definitives gegen die Implorantin noch nicht auszusprechen ist.

Hiernach war lediglich confirmatorisch zu sprechen, auch die Implorantin in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Diedrich Poggenburg zu Kirchhuchting, Klägers, jetzt Appellantens, wider den Pastor Werner Knoop daselbst, Beklagten, jetzt Appellaten, Wegegerechtigkeit, jetzt geführten Beweis betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 11. November 1861, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben und das Urtheil des Untergerichts vom 18. Juni desselben Jahres in Ansehung des über die erste Alternative des zweiten Beweissatzes zugeschobenen Eides wieder herzustellen, in Betreff der zweiten Alternative dagegen dem Kläger ein Reinigungseid bei Vermeidung der Abweisung mit der erhobenen Klage dahin aufzulegen sei:

daß zur Zeit der Abkündigung seines Grundstücks ein dasselbe und die Parcelen von Osmers und Steenken durchschneidender Fahrweg nicht sichtbar gewesen sei.

Das Erkenntniß über die Kosten der ersten Instanz ist auszusetzen, die der zweiten und dritten Instanz sind zu vergleichen, und wird die Sache nunmehr

Digitized by Google

zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 10. Oct. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger verlangt mittelst seiner einzigen Beschwerde gegen-
pag. 2. wärtiger Instanz die Herstellung des ersten Urtheils vom 18. Juni 1861, in welchem der dem Beklagten in dem Erkenntnisse vom 4. Sept. 1860 auferlegte Beweis der zweiten Alternative des zweiten Beweissatzes für nicht geführt erklärt worden ist, und dem Kläger die Auflage gemacht wurde, sich in Betreff der ihm über beide Alternativen dieses Beweissatzes zugeschobenen, und in dem Untergerichts-Erkenntnisse näher normirten Eide zu erklären, eventualiter dieselben abzuleisten. Sollte diesem Antrage nicht entsprochen werden können, so will der Kläger wenigstens zum Reinigungseid über die gedachte Beweisalternative gelangen.

Es bedarf daher einer erneueten Prüfung der von dem Beklagten unternommenen Beweisführung.

pag. 3. In Ansehung des in dem Erkenntnisse vom 4. September 1860 dem Beklagten auferlegten ersten Beweissatzes,

> daß ihm vor der Lassung des klägerischen Grundstückes [3] über dasselbe nach seinem Lande eine Fahrgerechtigkeit zugestanden habe,

stimmen beide vorigen Urtheile in ihren Gründen dahin überein, daß dem Beklagten der Beweis der Ersitzung jener Gerechtigkeit vollständig gelungen sei. Eine ausdrückliche Entscheidung

Digitized by Google

hierüber findet sich jedoch in dem decisiven Theile des ersten Erkenntnisses nicht, und der Kläger ist daher der Ansicht, daß es ihm, dem Obergerichts-Urtheile gegenüber, in welchem eine derartige Entscheidung enthalten ist, gestattet sei, auch diesen Beweis gegenwärtig von Neuem anzufechten, indem er desfalls auf seine Deduction

[25] S. 1. folg.

in der Ober-Appellat.-Ger.-Rechtfertigungsschrift [1] S. 7 Bezug pag. 4. nimmt. Das Untergericht hat nun in seinen Gründen — und Gründe können bekanntlich ebenfalls Entscheidungen enthalten — den gedachten Beweis für geführt erklärt und dieser Entscheidung in dem Decisum dadurch praktisch Folge gegeben, daß es nur in Betreff des zweiten Beweissatzes auf Erklärung über die Eideszuschiebung erkannte. Sobald man daher annimmt, der Kläger habe die Verpflichtung gehabt, diesen Punkt der Entscheidung mittelst Rechtsmittels anzufechten, derselbe sei mithin, da er solches unterlassen, in Rechtskraft übergegangen, wird von jeder weiteren Prüfung abzusehen sein. Wenn man dagegen der Ansicht ist, es habe bei dem im Ganzen günstigen Ergebniß des ersten Erkenntnisses für den Kläger diesem nicht zugemuthet werden können, wider den in Rede stehenden Theil pag. 5 der Entscheidung ein Rechtsmittel zu ergreifen, es müsse ihm vielmehr unbenommen sein, noch in dritter Instanz auch auf diese Beweisführung zurückzukommen, so wird eine abermalige Prüfung der ersten Beweiscopulative erforderlich. Einer Entscheidung dieser processualischen Frage bedurfte es jedoch nicht, da materiell den Gründen zu beiden vorigen Urtheilen beizutreten war.

Die Eideszuschiebung in Ansehung der ersten Beweisalternative im zweiten Decisum des Erkenntnisses vom 4. September 1860,

> daß Kläger bei der Lassung die Fahrweggerechtigkeit gekannt habe,

bildet keinen Gegenstand der Beschwerdeführung, weder in vori- pag. 6. ger noch in gegenwärtiger Instanz.

Digitized by Google

Anlangend dagegen den Beweis der zweiten Alternative des gedachten Decisum:

> daß zur Zeit der Abkündigung des klägerischen Grundstückes der [7] verzeichnete Feldweg sich über die Parcelen von Osmers, Steenken und des Klägers hinaus erstreckt habe, und eine von der Cultur freigebliebene Fläche namentlich auf dem fraglichen Lande als ein dasselbe durchschneidender Feldweg gehörig sichtbar gewesen sei,

so hat die zweite Instanz in den Gründen S. 19 selbst anerkannt, daß der gedachte Beweis seinem Wortlaute nach durch das vorliegende Beweismaterial nicht erschöpft sei. Dasselbe
pag. 7. mußte jedoch auch dann angenommen werden, wenn man statt der Wortfassung den Gedanken zur Richtschnur nimmt, welcher jener Beweisauflage zur Basis dient, wobei es ganz dahin gestellt bleiben kann, ob ein derartiges Verfahren von dem Obergerichte mit Recht unter dem Gesichtspunkte eines Beweises per aequipollens gestellt worden sei.

> Vergl. Brem. S. Reiners & Hillmer wider Erdmann & Co., 16. Febr. 1856.
> und Frankf. S. Dörffel w. Weidemann Kinder, 29. März 1852. (Römer's Samml. Bd. 1. S. 125.)

Auszugehen war hier von demjenigen Verständniß der Erbe- und Handfesten-Ordnung § 35 b, welches das Ober-Appellationsgericht bereits in der Sache

> Meyer wider Sassenberg, October 1840.

pag. 8. niedergelegt hat. Die unterlassene Anmeldung von Servituten bei der Abkündigung ist nur in zwei Fällen bedeutungslos. Zunächst dann, wenn der Erwerber deren Existenz kannte — der Beweis der ersten Alternative, — indem er durch die spätere Nichtanerkennung sich eines dolus schuldig machen würde. Aber auch dann, wenn die Servitut schon den örtlichen Verhältnissen nach durch den Augenschein äußerlich nachgewiesen wird — der Beweis der zweiten Alternative — indem alsdann dem Erwerber eine grobe Fahrlässigkeit in seinen Wahrnehmungen zur Last fällt, welche dem dolus gleichsteht. Sind

Digitized by Google

daher Vorrichtungen vorhanden, mittelst deren die Servitut ausgeübt wird, oder welche mit hoher Wahrscheinlichkeit auf das Vorhandensein derselben schließen lassen, so bleibt die Servitut bei Kräften, und der Erwerber hat es sich selbst beizu- pag. 9.
messen, wenn er durch Dinge, die klar in die Augen fallen, sich nicht veranlaßt fand, weitere Nachforschungen anzustellen und auf diesem Wege den wahren Sachverhalt kennen zu lernen. Welcher Beschaffenheit aber in jedem einzelnen Falle der Zustand der Dinge sein müsse, um aus demselben mit ausreichender Sicherheit auf das Vorhandensein einer gewissen Dienstbarkeit schließen zu können, ist natürlich lediglich aus einer genauen Prüfung der concreten Sachlage zu entnehmen.

Als abwegig muß es bezeichnet werden, wenn, wie sich aus dem Vorbringen des Klägers in gegenwärtiger Instanz ergiebt, das Untergericht in Sachen Hagens wider Gartelmann am 7. Juni 1859 S. 17 d. E. G. in [6] O.-A.-G.-A. pag. 10.
sich veranlaßt gefunden hat, die Anwendbarkeit der in Rede stehenden Bestimmung der Erbe- und Handfesten-Ordnung auf Feldservituten zu leugnen und den in den obgedachten Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts vorkommenden Ausdruck „Vorrichtung“ in der zwar gewöhnlichen, allein offenbar in concreto unzutreffenden engeren Bedeutung zu nehmen. Mit Recht ist das Untergericht von dieser Auffassung in dem Beweisinterlocut zur vorliegenden Sache stillschweigend zurückgetreten. Andererseits aber ist es ebenso wenig zu billigen, wenn, wie in den Gründen zum zweiten Urtheile in dieser Sache

[5] S. 21 folg. Nr. 1. O.-A.-G.-A.

geschehen, eine Reihe von Momenten geltend gemacht wird, deren Nachforschung den neuen Erwerber zur Erkennung der pag. 11.
Servitut hätte führen können. Eine Verpflichtung zu einer derartigen Diligenz ist in den Rechten völlig unerfindlich, da es an jedem obligatorischen Nexus zwischen dem neuen Erwerber und dem bisherigen Servitutberechtigten fehlt, und mußten mithin jene sämmtlichen Momente bei der Beurtheilung gegenwärtig unberücksichtigt bleiben.

Digitized by Google

Es handelt sich nur darum, ob zur Zeit der Abkündigung die Sachlage von der Beschaffenheit gewesen ist, daß Jeder, welcher seine Augen nicht absichtlich verschloß, das Vorhandensein des Fahrweges über die verkaufte Parcele wahrnehmen konnte. In dieser Beziehung ergeben nun die Acten das Folgende.

Direct bejaht ist der zwölfte Beweisartikel, welcher sich
pag. 12. auf die kritische Zeit bezieht, und von der gehörigen Sichtbarkeit des fraglichen Feldweges handelt, nur von den Zeugen Lampe (1) und Seemann (2). Der Erstere fügt noch hinzu, daß die Sichtbarkeit namentlich zur Zeit des Poggenburg-schen Ankaufs vorhanden gewesen sei, und beide haben sich auf ihre früheren Aussagen bezogen. Lampe nun, nach Aussage zu Art. 3. der Besitzer des klägerischen Landes bis gegen Ende der 40er Jahre, hat zu Art. 3. int. 1. angegeben, er sei in der letzten Zeit oft in der Gegend auf der Jagd gewesen, habe stets eine Wagenspur und in der Regel den Weg mit Gras bewachsen gefunden; und ferner zu Art. 11. int. un., der Weg sei zu der Zeit des klägerischen Ankaufs, wie Zeuge sich überzeugt habe, sichtbar gewesen; und endlich zu Art. 6. int. 2., derselbe habe reichlich die Breite eines Wagens gehabt und
pag. 13. Jedermann habe ihn erkennen können. Seemann dagegen hat durchgängig von einer stets sichtbaren Wagenspur über den Weg gesprochen, zu Art. 3 und sonst. Hätte man daher nur diese Aussagen zu berücksichtigen, so würde es, ungeachtet des Umstandes, daß sich beide Zeugen zu Art. 10. in Betreff des Aberndtens und Wiederbestellens des Pfarr- und Flügger-schen Landes in Ansehung der Abkündigungszeit unbestimmt ausgesprochen haben, unbedenklich sein, auf deren Grund, in Beihalt der sonstigen Beweismomente, das Thema mindestens für bis zum Erfüllungseide erbracht zu halten. Das Gewicht derselben wird aber dadurch wesentlich geschwächt, daß der unmittelbare Vormann des Klägers, der Zeuge Bultmann (4) zu Art. 3. erklärt, von einer Sichtbarkeit des Weges habe nur
pag. 14. die Rede sein können, wenn ein Wagen, und zwar wiederrechtlich, darüber gefahren sei. Sein Schwiegervater Bruns (repr. 4.)

Digitized by Google

will zu art. repr. 2. zu der Zeit, wo Joh. Friedr. Katenkamp noch Eigenthümer gewesen, von welchem Bultmann das Land zwei bis drei Jahre in Pacht hatte ([26] S. 12.) weder Weg nach Wagenspur gesehen haben; und eben so wenig Bultmann's Fuhrmann Stege. ([24] S. 6.) Fr. Plate (repr. 5.) sagt aus, es sei dort kein sichtbarer Weg vorhanden gewesen, es sei gar kein Weg sichtbar gewesen, so wenig früher wie zu der Zeit, wo der Kläger das Land erworben habe. ([23] S. 10. 16. 13.)

Bei diesen Widersprüchen wird es erforderlich, auch das sonstige Material der Aussagen einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

Specielle Angaben über den äußeren Zustand des Weges zur Zeit des fraglichen Ankaufs finden sich in den Aussagen pag. 15. überall nicht. Doch haben die Zeugen sich auf Art. 7, betreffend die unveränderte Fortdauer eines äußerlich gehörig sichtbaren Feldweges von Osmer's Lande bis zum Pfarrlande in der Zeit von 1843/44 bis 1858, im Wesentlichen bejahend ausgesprochen. Es kommt daher darauf an, auf welche Kennzeichen diese Anschauung sich stützt. In dieser Beziehung steht es nun zunächst durch das Geständniß des Beklagten in der Beweisantretungsschrift [9] S. 4 und durch die Aussagen fast aller Beweis- und Gegenbeweis-Zeugen fest, daß das Land mit Einschluß des angeblichen Weges stets durchgepflügt ist, mithin letzterer nicht die äußere Erscheinung eines festen beständigen Weges dargeboten hat. Dagegen weichen die Aussagen darüber, ob die fragliche Wegstrecke mit dem Uebrigen in gleicher Weise besäet oder bepflanzt sei, von einander ab, wie sich einer- pag. 16. seits aus den

[26] S. 27 Z. 1; S. 46 Z. 1, 2; S. 13, 14 Z. 5; S. 14 Z. 6; S. 16 Z. 8; S. 18 Z. 10

ersichtlichen Angaben, andererseits aus den Depositionen in

[26] S. 13 Z. 4; S. 17, 33, 34 Z. 9;
[23] S. 13, 14, 22 Z. 3, 5; [24] S. 6 Z. Stege

ergiebt. — In Bezug auf die Wagenspuren dagegen liefern die Acten folgendes Ergebniß. Es sagen aus:

Digitized by Google

Lampe: Wagenspuren seien immer da gewesen; zur Herbstzeit nach der Erndte und während der neuen Bestellung des Landes sei der Weg — offenbar durch diese Spuren — ganz besonders deutlich zu erkennen gewesen. (S. 36.)

Seemann: Eine Wagenspur sei in dem ganzen Wege sichtbar gewesen, indem er in Betreff der Herbstzeit wie Lampe aussagt. (S. 36.)

pag. 17. Bernhard Plate: (3) In Folge des Pflügens sei nicht zu jeder Zeit der Weg sichtbar gewesen, wohl aber sobald Korn hergefahren oder gedüngt worden, die Spur wieder sichtbar geworden (S. 12); in Betreff der Herbstzeit wie Lampe. (S.36.)

Bultmann (4): Von einer Sichtbarkeit des Weges habe, da zu seiner Zeit das ganze Land bestellt gewesen, nur die Rede sein können, wenn die Wagen darüber gefahren wären; nur dann, wenn das Korn durch die Wagenspuren zertreten wäre, sei der Weg sichtbar gewesen. (S. 13.)

Meybohm (5) (in Betreff der Zeit bis vor etwa 12 Jahren): Die Wagenspuren seien sichtbar gewesen, jedoch bei den letzten Stücken der Weg wenig befahren. (S. 25, 26.)

pag. 18. Diedrich Stürmann (6): Große Wagenspuren könnten wohl nicht veranlaßt sein, da das Land von Flügger und dem Pastor nur klein sei. (S. 14;) nach der Erndte seien die Spuren am sichtbarsten gewesen. (S. 36.)

Osmers (7): Wagen seien immer hinüber gefahren, namentlich zur Zeit der Erndte und wenn Dünger gefahren sei. (S. 15.)

Brüggemann (8): Wagenspuren seien immer sichtbar gewesen, nur nicht wenn der Weg durchpflügt sei. (S. 16.) Hinsichtlich der Herbstzeit wie Lampe.

Johann Stürmann (9.) Immer sichtbar sei der Weg nicht gewesen, da derselbe oft durchgepflügt und mit besäet sei. Ein eigentlicher Weg sei wohl nicht sichtbar gewesen, sondern zu Zeiten Wagenspuren, namentlich zur Zeit der Erndte und wenn Dünger gefahren sei. (S. 17.)

pag. 19. Voßmeyer (10): Wagenspuren seien allerdings sichtbar gewesen; er habe aber den Weg stets durchgepflügt. (S. 18.)

Digitized by Google

Johann Friedr. Katenkamp (repr. 1.) (der Vorbesitzer des Klägers) ist nur einmal da gewesen, und hat damals zwar einen 3 Fuß breiten begangenen Weg, aber keine Wagenspuren wahrgenommen.

Carsten Gerhard Katenkamp (repr. 2.): hat zwar Wagenspuren bemerkt, den der Zeit streitigen Weg jedoch als einen eigentlichen Weg nicht ansehen können. ([23.] S. 12.)

Steenken (repr. 3.): Nach seiner Meinung sei willkürlich darüber gefahren. Dann seien auch Spuren sichtbar gewesen. (S. 15, 16.)

Bruns (repr. 4.): hat das Land gesehen als Katen- pag. 20.
kamp noch Eigenthümer war, aber weder Weg noch Wagenspuren. (S. 11.)

Friedr. Plate (repr. 5.): Der Weg sei früher so wenig sichtbar gewesen, als zur Zeit, da Kläger das Land erworben. Im Gegentheil sei dort immer durchgepflügt und besäet. (S. 13.) Es sei gar kein Weg sichtbar gewesen. (S. 16.)

Als Gesammtresultat dieser Aussagen ergiebt sich, daß das klägerische Land in Ansehung der in Rede stehenden Fahrgerechtigkeit zu verschiedenen Zeiten ein verschiedenes Bild gewährte. Dieses war zunächst bedingt durch die individuelle Behandlungsweise des jeweiligen Eigners oder Pächters. Vornämlich aber hing es selbstredend von Zufälligkeiten ab, insbesondere davon, ob, wann, und wie das Land des Beklagten und Flügger's bestellt und beerndtet ward. War das Land pag. 21.
des Klägers im Frühjahr durchgepflügt, so ließ sich ein Weg überall nicht erkennen. Hatten nun der Pastor und Flügger zu jener Zeit ihr Land bereits bestellt oder ließen sie es brach liegen, so fehlte es der Regel nach im Sommer an einem Anlaß zur Ueberfahrt und es blieb höchstens der in einigen Zeugenaussagen erwähnte, jedoch für den in Rede stehenden Beweis bedeutungslose Fußpfad sichtbar. Zur Zeit der Erndte kam es darauf an, wer zuerst dazu schritt. Wenn der Pastor oder Flügger, so zerstörten sie mit ihren Erndtewagen eine Wagenspur breit die Saat des benachbarten Pächters und das Land bot nun einen Anblick dar, wie wenn ein Weg über

Digitized by Google

dasselbe ginge. Hatte dagegen der Besitzer des klägerischen Landes zuerst geerndtet, so müssen, wenn die gedachten Nach-
pag. 22. baren über das Land fuhren, zwar Wagenspuren entstanden sein, jedoch bei dem geringen Areal der in Rede stehenden Ländereien in so schwacher Zahl, daß das Land schwerlich das Bild eines regelmäßigen Fahrweges dargeboten hat. Seine Spuren fortwährend zu erkennen, wird daher nur der im Stande gewesen sein, der regelmäßig in der Gegend verkehrte. Bei Andern dagegen hing die Wahrnehmung des Fahrweges von dem zufälligen Umstande ab, ob und in welcher Maaße Wagenspuren zur Zeit der Wahrnehmung gerade vorhanden waren. Da nun der Kläger durchaus nicht verpflichtet war, die fragliche Lokalität genau zu kennen, so wird man auch nicht berechtigt sein, zu behaupten, die Wagenspuren, auf welche von dem Obergerichte das entscheidende Gewicht gelegt ist, seien in einer Weise eingezeugt, daß Kläger, wenn er, wie anzu-
pag. 23. nehmen ist, da das Gegentheil von ihm nicht geltend gemacht ward, in der kritischen Zeit das Land besichtigte, mit Nothwendigkeit auf die Existenz der Fahrgerechtigkeit hätte geleitet werden müssen; und würde diese Annahme um so weniger gerechtfertigt sein, als Bultmann, der Vormann des Klägers, welcher Letztere das Land Martini 1857 übernommen hat, dasselbe gleich nach dem Kauf unbebaut gelassen hat; überdies aber dem Obigem zufolge derselbe Bultmann und Andere sich nie von der Existenz einer Wegegerechtigkeit überzeugt haben. Sollte daher auch Kläger geringe Spuren eines Wagens in jener Zeit entdeckt haben, so läßt sich doch noch keineswegs behaupten, er habe dadurch das Bewußtsein von der Existenz eines Fahrweges erhalten, indem ebensowohl die Annahme
pag. 24. möglich blieb, das Fahren sei widerrechtlich geschehen oder freundnachbarlich gestattet worden.

An diesem Ergebniß wird auch dadurch nichts geändert, daß der Kläger jetzt selbst zugesteht, der fragliche Weg sei bis Steenken gegangen, und zum Lande des Pastors und Flügger's führe kein anderer Weg. Denn Wege, welche plötzlich vor einem gewissen Grundstück enden, sind auf dem

Digitized by Google

Lande nicht selten, und wenn der Kläger jetzt mit der Thatsache bekannt ist, daß kein anderer Weg zu jenen Ländereien führt, so folgt daraus noch nicht, daß er im Jahre 1857 dies gewußt hat. Eine desfallsige Erkundigungspflicht lag ihm aber überall nicht ob.

Alles deutet mithin darauf, daß in der kritischen Zeit des gedachten Jahres der Zustand kein anderer war, als zu der Zeit, wo der Augenschein eingenommen wurde, und es konnte pag. 25. sich daher nur fragen, ob die im ersten Urtheile auferlegte Erklärung über den zugeschobenen Eid herzustellen oder statt solcher ein Reinigungseid dem Kläger aufzuerlegen sei. Nun pflegt zwar das Ober-Appellationsgericht eine derartige Verwandlung nur dann eintreten zu lassen, wenn ein ausdrücklicher Antrag desfalls gestellt ist. Ein solcher konnte aber in dem Verlangen des Klägers um deswillen nicht gefunden werden, weil dasselbe nur als Gegensatz zu dem von dem Beklagten in voriger Instanz beantragten Erfüllungseid gestellt ward. Gleichwohl mußte es, da es an den Erfordernissen zu einem Reinigungseide nicht fehlt, überdies aber die in dem ersten Erkenntnisse gewählte, sich an die des Beweisinterlocuts anschließende und Alles von der Wahrnehmung des Klägers abhängig machende Eidesfassung pag. 26. einer Remedur bedurfte, angemessen erscheinen, den objectiven Satz der Erkennbarkeit der Servitut als Reinigungseid dem Kläger aufzuerlegen, ohne dessen Erhärtung er von dem Vorwurf eines groben Verschuldens in der Wahrnehmung der Fahrgerechtigkeit nicht frei wird.

Während die Kosten des ersten Verfahrens bis zum Enderkenntniß ausgesetzt bleiben müssen, entspricht die Vergleichung der in den folgenden Instanzen erwachsenen Kosten bekannten beim Wechsel der Entscheidungen eintretenden Rechtsgrundsätzen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Heinrich Droste in Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens wider Hermann Gottlieb Lorentz, jetzt Andreas von Fischer daselbst, Klägern, jetzt Appellaten, Besitz einer Servitut betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 8. December 1862, wie hiermit geschieht, aufzuheben, und es in Ansehung der erhobenen Besitzklage bei dem Verzicht des Klägers in [2] der Obergerichts-Acten sein Bewenden habe, der in der Replik [6] S. 7 der Untergerichts-Acten auf die Verjährung von Jahr und Tag gestützte petitorische Anspruch aber angebrachtermaßen abzuweisen sei.

Der Kläger wird in die Kosten erster Instanz verurtheilt, die der vorigen und der gegenwärtigen Instanz sind zu vergleichen, und wird die Sache nunmehr an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 27. Oct. 1863.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde gegenwärtiger Instanz eine Herstellung des von dem Untergerichte pag. 2.
am 20. Mai 1862 abgegebenen Erkenntnisses aus einem zwiefachen Grunde:

einmal deshalb, weil der ursprüngliche Kläger auf die von ihm angestellte Besitzesklage verzichtet habe;

und sodann, weil dieser aus dem Rechtsstreit zurückgetreten sei.

Letzteres mit Unrecht. Läßt sich auch aus dem ungerügten Auftreten des neuen Klägers im Termine zum Güteversuch [9] der Untergerichts-Acten, die Zustimmung des Beklagten zu dessen Eintritt nicht mit Sicherheit ableiten, so hat der Beklagte doch jedenfalls am 27. Mai 1862 durch die Anzeige des Klägers und die neue Vollmacht, [12] der Untergerichts-Acten, von diesem Eintritt ausreichende Kunde erhalten. — Wenn er daher sich zu Protocoll mit „Anheimstellen“ begnügte, wenn er auf pag. 3.
die Appellations-Rechtfertigung, deren Rubrik [2] der Ober-Ger.-Acten den neuen Kläger aufführte, in seiner Vernehmlassung kein Wort einwandte, indem das Beibehalten der alten Rubrik in [3] der Ober-Ger.-Acten nicht als ausreichender Widerspruch angesehen werden konnte, so hat er damit diesen Eintritt genehmigt. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Obergerichts-Urtheil

[2] der O.-A.-Ger.-Acten

die schedula appellationis und das darauf folgende Decret

[5] und [6] der O.-Ger.-Acten

nur den alten Kläger nennen, und der Beklagte ist nicht befugt, in jetziger Instanz, wo von ihm und dem Gegner die neue Rubrik mit Recht gewählt ist, den Eintritt weiter anzufechten.

Dagegen mußte dem Beklagten darin beigepflichtet werden, pag. 4.
daß der Besitzesstreit durch den Verzicht des Klägers in der ersten Appellations-Instanz beendet sei. Hiefür sprechen nämlich

Digitized by Google

die in [2] S. 2. der Ober-Ger.-Acten vorkommenden Worte: „Indem . . . das Gericht voriger Instanz weder in possessorio noch in petitorio zu Gunsten des Klägers entschieden hat ... will er, obwohl er sich auch in jeder Beziehung, soweit es den Besitzstreit als solchen betrifft, beschwert erachtet, doch nunmehr diesen nicht weiter verfechten, sondern jetzt lediglich auf das petitorium Rücksicht nehmen. Was aber dieses anbetrifft, so stellt hier Appellant als einziges gravamen auf: daß das Gericht erster Instanz der klägerischen Berufung auf die Annalverjährung keine Statt gegeben, vielmehr dieselbe als in concreto nicht zulässig verworfen hat." Es konnte daher dem von dem Obergericht in den Gründen zum vorigen Urtheil

pag. 5. [3] S. 22. flg. der O.-A.-Ger.-Acten.

gemachten Versuch, aus einer Verbindung jener Worte mit der Schlußbitte und den dieser vorausgehenden Worten die Aufrechthaltung des Besitzstreites abzuleiten, welchem sich der Kläger in gegenwärtiger Instanz angeschlossen hat, um so weniger beigetreten werden, als die Schlußbitte auf das petitorium wie auf das possessorium paßt, generelle Beschwerden nicht zu berücksichtigen sind, und die allgemein gehaltene Einwendung der Appellation mittelst der aufgestellten ganz speciellen Beschwerden beschränkt wurde.

Folge dieser Auffassung ist es zunächst, daß von jeder Beurtheilung des Besitzstreites Abstand genommen werden muß. Wenn der Beklagte aber noch weiter geht, und die Nothwendigkeit einer reinen Herstellung des ersten Urtheils daraus ab-

pag. 6. leitet, so konnte dem nicht entsprochen werden. Zwar ist dem Beklagten darin unbedenklich beizutreten, wenn er den Rechtssatz zur Anwendung gebracht wissen will, es sei unzulässig, einem in erster Instanz begonnenen Besitzstreit in zweiter Instanz einen Streit über die Gerechtsame selbst zu substituiren: die Confessorienklage muß in erster Instanz, sie darf nicht sofort in zweiter Instanz angestellt werden.

Brem. Präjud. Schmidt w. Pundsack, Januar 1857 p. 8.

Ein derartiger Versuch liegt jedoch nicht vor. Der Kläger hat nämlich in seiner Replikenschrift sich auf den Erwerb der

Digitized by Google

Servitut durch die Verjährung von Jahr und Tag bezogen, und dieser Vortrag mußte nicht bloß als ein zur Beseitigung der Berufung des Beklagten auf den Rechtssatz: liquidum petitorium absorbet possessorium dienlicher Einwand, sondern in Beihalt der nach Bremischem Recht gestatteten Klagveränderung in der Replikenschrift, in einem Falle der vorliegenden Art als pag. 7. selbständiger Klagantrag aufgefaßt werden. Die Confessorienklage ist also nicht erst in höherer Instanz angestellt. Sie mußte jedoch angebrachtermaßen verworfen werden. Zu ihrer Begründung gehört nämlich, in Beihalt der Rechtssprechung des Ober-App.-Gerichts

Brem. S. Schomacker Erben w. Huchting, 17. Juni 1845 p. 2 und die daselbst angeführten früheren Präjudicien

und in besonderer Berücksichtigung, daß der Ausdruck „Gebäude" in weiterem Sinne verstanden werden muß, nach den zutreffenden Ausführungen des Obergerichts, zuletzt in Sachen

Schomacker Erben w. Huchting, vom 27. Februar 1843 und 19. Februar 1844,

daß der Gegner des Erwerbenden die Ausübung der Servitut kannte oder kennen mußte, und das Eine oder das Andere war pag. 8. mithin in dem aus der Replikenschrift ersichtlichen Klagevortrag bestimmt zu behaupten. Da es hieran fehlt, so war der desfallsige Anspruch angebrachtermaßen abzuweisen. Diese Abweisung unterscheidet sich aber von der des Untergerichts darin, daß bei letzterer es für den Kläger unmöglich wäre, von Neuem eine Klage über das Recht selbst zu erheben, indem hier der Erwerb mittelst Verjährung von Jahr und Tag endlich abgewiesen worden ist, — eine Abweisung, welche, abgesehen von dem Fall der Wissenschaft, deren Nichtexistenz wenigstens nicht liquide ist, auch um deswillen bedenklich erscheint, weil das ungenaue Augenscheinsprotocoll [9] der Untergerichts-Acten über die Frage kein sicheres Urtheil gewährt, ob und in wie weit nach Maßgabe der vorhandenen Vorrichtung der Beklagte von pag. 9. dem Vorwurf groben Verschuldens bei Nichtwahrnehmung der Servitut betroffen werde.

Digitized by Google

Dem Vorstehenden zufolge bedurfte es einer Prüfung der ferneren Beschwerden des Beklagten nicht, die Verurtheilung des Klägers in die Kosten erster Instanz keiner Rechtfertigung, und die Vergleichung der in zweiter und dritter Instanz erwachsenen Kosten ist eine Folge des Wechsels der Rechtsprechung.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Martin Heinrich Bohne zu Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Heinrich Tönnies uxor. nom. Meta, geb. Schriefer (rectius Schriever) zu Wolfenbüttel, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung, jetzt Restitution betreffend,

in Erwägung:

1., daß nach der Bremischen Verordnung vom 29. April 1831 in dortigen Rechtssachen während der Gerichtsferien des Ober-Appellationsgerichts der Lauf der an diesem Gerichte zu beobachtenden Fristen gänzlich gehemmt wird, mithin in der vorliegenden Sache die achtwöchige Einführungsfrist der wider das Obergerichts-Erkenntniß vom 22. Juni d. J. eingewandten Appellation erst am 27. September ablief, und, da dieser Tag ein Sonntag, bis zum 28. September erstreckt war; daß

2., der bevollmächtigte Sachführer des Beklagten an Eides Statt und zwar in der Meinung, dadurch ein ihm nachtheiliges Bekenntniß abzulegen, erklärt hat, er habe die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift nebst Anlagen am 26. September von Bremen abgesandt, in welchem Falle sie nach dem regelmäßigen Postenlaufe am 28., also rechtzeitig, hieselbst eingetroffen ist; folglich

3., als genügend bescheinigt angenommen werden kann,

Digitized by Google

daß dem Sachführer, geschweige denn seiner Partei, die Versäumung der Einführungs-Nothfrist nicht zur Last fällt, und es daher kein Bedenken hat, dem Beklagten die gegen die Versäumung nachgesuchte Restitution ohne Weiteres zu ertheilen; daß vielmehr

4., die Schuld dieser Versäumung lediglich den Procurator Dr. . . . . trifft, welcher mit Nichtberücksichtigung des § 2 der Instruction für die Procuratoren den ihm am 28. September zugekommenen Appellationslibell erst am 3. d. Monats übergeben hat, und dazu nach Inhalt des von ihm eingereichten Restitutionsgesuches des Beklagten dadurch bewogen worden ist, daß er aus Unbekanntschaft mit der obigen Bremischen Verordnung irrigerweise annahm, die Einführungsfrist sei nach § 102 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung bereits am 8. September abgelaufen, mithin nur ihn die im § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung unbedingt angedrohten Folgen treffen können;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß dem Beklagten gegen die Versäumung der Einführungs- und Rechtfertigungsfrist seiner wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 22. Juni d. J. eingewandten Appellation die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wie hiemit geschieht, zu ertheilen sei; und wie demzufolge dem Kläger aufgegeben wird, sich auf dem ihm bereits mitgetheilten Appellationslibell des Beklagten binnen Ordnungsfrist, bei Vermeidung des Ausschlusses vernehmen zu lassen, so soll auch das Obergericht nunmehr um die Einsendung der in der Sache verhandelten Voracten ersucht werden.

Uebrigens ist der Procurater des Beklagten Dr. . . . . nicht nur die Kosten des Restitutionsverfahrens beiden Theilen zu erstatten schuldig, sondern

Digitized by Google

es wird derſelbe auch in eine, binnen drei Wochen, bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln, an die Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegende Strafe von dreißig Mark Courant hiedurch verurtheilt.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 31. Oct. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Simon Hermann Diedrich Bruns zu Wahrthurm, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Hermann Wilhelm Pieper und Heinrich Diedrich Wilhelm Pieper, vertreten durch deren Vater Johann Heinrich Wilhelm Pieper zu Elsfleth, und Louise Dorothea Meyer geb. Bruns zu Kladdingen in der Grafschaft Delmenhorst, jetzt statt derselben deren Erben und Rechtsnachfolger: 1) Johann Heinrich Wilhelm Pieper zu Elsfleth für sich und als Stellvertreter seines Sohnes Heinrich Diedrich Wilhelm Pieper zu Elsfleth, und 2) Adeline Margaretha Sophie Buschmann und Lür Meyer in Kladdingen als Vertreter seiner Kinder Sophie Bettine Gesine und Catharina Marianne Meyer daselbst, Kläger, jetzt Appellaten, Erbschaft, jetzt Immission und Liquidation betreffend (App. III),

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 24. März 1862, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen

Digitized by Google

sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an die Commission des Obergerichts zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. Novbr. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde

[1] der O.-A.-Ger.-Act.

pag. 2. betrifft die [51] ersichtliche Rechnungsablage. Das Commissions-Erkenntniß vom 28. Februar 1861

[102] der O.-Ger.-Act.

findet durch solche die in dec. 1. des Erkenntnisses vom 12. Juni 1855 dem Beklagten gemachte Auflage nothdürftig erledigt, verordnet die Ablieferung des Saldo an den Sequester, und behält den Klägern weitere Anträge vor. Das Obergericht dagegen hat unterm 24. März 1862 im Decisum 4 a,

[122] der O.-Ger.-Act.

dem Beklagten die Aufstellung einer gehörig specificirten mit Belegen versehenen Rechnung auferlegt. Wenn nun dieser die Herstellung des ersten Urtheils um deswillen verlangt, weil

1) das Obergericht nicht befugt gewesen sei, die Commissionsverfügung, weil bloß proceßleitend, abzuändern, so konnte
pag. 3. dem nicht beigetreten werden. Der Bescheid, durch welchen die gedachte Auflage für erledigt erklärt wird, erhält durch den Vorbehalt weiterer Anträge die gedachte Eigenschaft nicht. Durch Erkenntniß vom 12. Juni 1855 dec. 1. hatten Kläger ein

Digitized by Google

Recht darauf, von dem Beklagten eine ausreichende Rechnungsablage zu verlangen; sie sind nicht verbunden, sich mit deren Versuch zu begnügen, und ihn durch fernere Anträge zu vervollständigen. Wäre die Verfügung aber auch bloß proceßleitend, so würde sie bei Gelegenheit einer anderweiten Appellation zulässigerweise angefochten werden können, und die abweichenden Ausführungen

[1] S. 8 bis 10 der O.-A.-Ger.-A.

entsprechen der Praxis des Ober-Appellationsgerichts

vergl. [11] S. 7 der O.-A.-Ger.-A.

nicht. Die Abänderung des Obergerichts ist aber auch

2) der Sachlage völlig entsprechend. Daß der Beklagte pag. 4.
als Landmann mit dem Technischen einer aufzustellendeu Rechnung nicht vertraut sein soll, kann deren Mängel nicht heilen; er hat sich desfalls mit seinen Belegen an einen Kundigen zu wenden, und diesem das Geschäft zu übertragen, indem er demselben detaillirte Auskunft im Einzelnen ertheilt. Die in den Entscheidungsgründen

[5] S. 13—15 der O.-A.-Ger.-A.

hervorgehobenen Mängel sind aber in aller Maaße begründet. Insbesondere ist es

a) ein Irrthum des Beklagten, wenn er annimmt, die Zins- und Pachterträge seien ausreichend in Einnahme gestellt, da ersichtlich sei, für welche Zeiträume bezahlt worden. Denn die Kläger sind befugt, die Zeit der Eingänge zu erfahren, weil sie nach bekannten Rechtsgrundsätzen von da bis zur Ab- pag. 5.
lieferung an den Sequester Zinsen fordern dürfen.

b) Der willkürliche Ansatz für den Ertrag der s. g. Willake ist ungerechtfertigt. Die Kläger haben, beim Abgang besonderer Vereinbarung, ein Recht auf das Provenue aus den Früchten nach Abzug der Bestellungskosten. Beides ist zu specificiren.

c) Die Aufzählung der Schuldposten des Beklagten hat jedenfalls mit dem Baarbestand der Erbmasse zu beginnen.

d) Daß der Posten für Deicharbeiten mit 150 ℛ ohne

Digitized by Google

nähere Specification nicht passiren könne, bedarf bei der Höhe des Betrages keiner weiteren Ausführung.

Beide Posten unter c und d werden aber von den Klägern nicht bloß ihrer materiellen Richtigkeit nach bestritten, sondern ihre Auslassung resp. der Ansatz in solle begründen zugleich Einwendungen gegen die formelle Tüchtigkeit der Rechnung überhaupt.

pag. 6.

e) Daß es bei einer Specification der Einnahme und Ausgabe einer verwalteten Erbmasse an den Belegen nicht fehlen dürfe, ergiebt sich daraus, daß desfallsige Streitigkeiten im Wege des Rechnungsprocesses zu verhandeln sind, und dem Gegner des Rechnungsstellers sofort die Gelegenheit verschafft werden muß, neben den Posten auch die Mittel anzufechten, durch welche sie bewahrheitet werden sollen.

II. Die zweite Beschwerde

[1] S. 3, 4 der O.-A.-Ger.-A.

betrifft die sofortige Ableistung des Manifestationseides, dessen einstweilige Aussetzung das erste Urtheil verordnet hatte.

pag. 7. Die formellen Bedenken wider diese Abänderung

S. 14, 15 a. a. O.

werden beseitigt durch die Bemerkungen unter I. 1. Insbesondere muß es als eine das materielle Recht der Partei gefährdende Verfügung angesehen werden, wenn eine zur Schärfung der einem Rechnungspflichtigen obliegenden Pflichten geeignetes Mittel in eine Zeit verlegt wird, wo dessen Ableistung nur noch von untergeordneter Bedeutung sein würde.

In materieller Beziehung aber genügt es im Allgemeinen auf Dasjenige hinzuweisen, was von dem Obergerichte

[5] S. 16—20 der O.-A.-Ger.-A.

und von den Klägern

[11] S. 8—10, a. a. O.

über den Manifestationseid ausgeführt ward, indem gerade der Fall, wo sich ein Miterbe in den Besitz des Nachlasses gesetzt hat, ohne ein Inventar zu errichten, einer der häufigsten Fälle

pag. 8.

Digitized by Google

seines Gebrauchs ist, ohne daß es specieller Verdachtsgründe für eine unvollständige Angabe des Nachlaßbestandes bedürfte,

Wetzel, Civilproceß §. 28.

woran es jedoch überdies hier keineswegs fehlt, wenn man das ganze Verfahren des Beklagten in diesem Rechtsstreit ins Auge faßt, und insonderheit das Verschweigen der Capitalposten von 500 und 2300 ℛ in [43], welche erst auf Grund der Monitur der Kläger in [51] in den Activbestand aufgenommen sind. Namentlich aber war die Ansicht des Beklagten

[1] S. 15—19, a. a. O.

zu verwerfen, daß es unzulässig sei, diesen Eid neben sonstigen Beweismitteln für die Größe eines Erbschaftsbestandes zur Anwendung zu bringen, weil der Manifestationseid eine eventuelle pag. 9.
Natur habe, und erst dann abzuleisten sei, wenn das sonstige Beweismaterial erschöpft wäre. Der Manifestationseid hat die Natur eines dem Calumnieneide verwandten Eides; er enthält die ernste Mahnung an den seine Miterben zur Rechnungsstellung verpflichteten Erben, dieses Geschäft gewissenhaft auszuführen. Wenn also dieser Eid, wie hier der Fall, von dem Erben neben der Rechnungsstellung verlangt wird, so enthält er eine mit Gewissensrührung verbundene Aufforderung an den Erben, den Inhalt seiner Angaben genau zu prüfen. Wie verwickelt auch immer nach der Ansicht des Beklagten seine und seines Erblassers Verhältnisse gewesen sein mögen, in dreizehn Jahren hat derselbe und jedenfalls seit Abgabe des ersten von dem Ober-Appellationsgerichte gefällten Erkenntnisses vom 19. Januar 1852 hinlänglich Zeit gehabt, jene Verhältnisse gründ- pag. 10.
lich zu entwirren, und er muß gegenwärtig wissen, was nach gewissenhafter Prüfung zur Erbmasse gehöre, was nicht. Die Kläger erhalten also durch diese Eidesleistung die Garantie, daß jene Prüfung stattgehabt, daß der Beklagte wissentlich nichts verschwiegen, nichts unrichtig angegeben habe und es ist für sie nach Maßgabe der vorliegenden Proceßführung, von hohem Interesse, daß das gedachte Wahrheitserforschungsmittel sofort zur Anwendung gebracht werde. Sie würden daher nur dann dessen verlustig sein, wenn sie in bündiger Weise auf sofortige

Digitized by Google

Ableistung verzichtet hätten, oder rechtskräftig die spätere Ableistung feststände. Letzteres läßt sich aus rat. 3. z. E. des Urtheils vom 12. Juni 1855 [48], nicht entnehmen, da die des-
pag. 11. fallsige Aeußerung nur Entscheidungsgrund ist. Ersteres aber, wie mit dem Obergerichte gleichfalls angenommen werden mußte,

S. 21. a. a. O.

ist nicht der Fall, indem in [61] das Verlangen der Kläger, den Manifestationseid sofort nach aufgestellter Rechnung abgeleistet zu sehen, zu finden war.

Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß durch die von dem Obergerichte in Gemäßheit der Praxis beliebte unangefochten gebliebene Fassung des Manifestationseides, die Theile des Activbestandes, welche auf Grund des gegenwärtigen Urtheils sofort oder nach vorgängiger Eidesleistung liquide gestellt sind, um deswillen nicht berührt werden, weil, wenngleich die Ableistung des Manifestationseides den Gebrauch sonstiger Beweis-
pag. 12. mittel in Ansehung eines zur Masse angeblich gehörenden Vermögenstheils und namentlich die Eideszuschiebung nicht ausschließt, es gleichwohl selbstverständlich ist, daß er da, wo eine Liquidestellung bereits auf dem Wege Rechtens stattgefunden hat, seine Bedeutung verliert.

III. Anlangend sodann die Frage, ob der in dem Commissionserkenntniß vom 12. Juni 1855 unter No. 3 den Klägern auferlegte Beweis: „daß die in [40] sub a bis d aufgeführten Capitalien Bestandtheile des Nachlasses qu. bildeten, und der Beklagte sich in dem Besitz der darüber ausgestellten Documente befinde“, so bildet der Posten unter c keinen Gegenstand der derzeitigen Beurtheilung,

vgl. [102,122] der O.-Ger.-A.

auf die Uebrigen dagegen ist die dritte Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz

[1.] S. 4. 5. der O. A. Ger. Acten.

pag. 13. gerichtet. Es fragt sich daher

A. ob in Ansehung des Eyler's'schen Capitals zum Betrage von 10,400 oder 10,500 ℛ (Posten 4 a.) noch eine weitere

Aufklärung auf Grund der von den Klägern gestellten Editionsanträge gerechtfertigt sei, wie das Obergericht, oder ob der bisherige Beweis bis auf die Eideszuschiebung für verfehlt erachtet werden müsse, wie das Commissionserkenntniß angenommen hat, oder endlich, ob selbst die Eideszuschiebung in Wegfall zu bringen sei, wie von dem Beklagten mittelst seiner obengedachten Beschwerde verlangt wird. Unter diesen drei Möglichkeiten mußte der Auffassung des Obergerichts beigepflichtet werden. Anlangend nämlich:

a,) die in Betreff der Editionspflicht anzuwendenden Grundsätze, so ist es zwar richtig, daß abweichend von dem Inhalt pag. 14.
des gemeinen Rechtes,

vergl. Frkfrt. Main-Dampff. Gesellsch.
w. Lehmann December 1857.
(Frankf. Sammlg. Bd. 3. S. 399.)

die bremische Gerichts-Ordnung §. 430 den Beklagten dem Kläger gegenüber in Bezug auf seine Einreden zur Herausgabe von Documenten für verbunden erklärt. Es konnte jedoch von diesem Rechtssatz kein Gebrauch gemacht werden, da Einreden des Beklagten nicht in Frage stehen. — Sodann ist es zwar richtig und von dem Ober-Appellations-Gericht wiederholt ausgesprochen, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber sowohl in Ansehung des directen Gegenbeweises wie der Einreden des Letzteren editionspflichtig ist.

vergl. Seuffert Archiv Bd. 3 Nr. 117. Bd. 10 Nr. 307.

Ob aber hiervon bei der Erbtheilungsklage um deswillen, weil beide Theile hier die Rolle des Klägers und des Beklagten pag. 15
übernehmen, eine Anwendung dahin zu machen sei, daß der Beklagte dem Kläger durchweg zur Herausgabe von Urkunden für verbunden erachtet werde, konnte ebenso dahin gestellt bleiben, wie die Frage, ob Letzterer in dem vorliegenden Fall dem Ersteren auf Grund eines aus der aequitas zu bemessenden rechtlichen Interesses, zu ediren habe. Denn für die Editionspflicht des Beklagten entscheidet hier durchgreifend der Umstand, daß die Documente, deren Herausgabe verlangt wird als gemeinsame zu betrachten sind.

Digitized by Google

Vgl. insbesondere Frankf. Sache Scharff von Scharffenstein w. Scharff März 1859. (Frankf. Samml. B. 4 S. 332.)

pag. 16 Sie sind dies, da die Kläger als Erben in die Rechte ihres Erblassers eintreten, sobald nachgewiesen wird, daß dieser aus dem gedachten Grunde zu deren Edition berechtigt war. Hiefür kommt Folgendes in Betracht.

1.) Für die Forderung des Erblassers an Eylers zum Betrage von 10,400 ℔ liegt vor,

α das von den Klägern zunächst in Bezug genommene Geständniß des Beklagten, daß eine solche wirklich existirt habe, indem er nur behauptet, daß dieselbe später getilgt worden sei,

O.-Ger.-Act. [43.] S. 13.

β. Bis zum Belauf von 8000 ℔ der in den adjungirten Acten

Bruns w. Bätjer [13.]

befindliche Vertrag zwischen dem Erblasser und Eylers vom 6. April 1807, welcher sich im wesentlichen als antichretischer Pfandvertrag bezeichnen läßt.

pag. 17 γ.) Ein Hypothekenextract vom 9. März 1813, in welchem der Erblasser als Gläubiger des Eylers unter Bezugnahme auf jene Acte vom 6. April 1807 mit frcs. 32,640 — aufgeführt steht.

Adj. Act. Bruns w. Eylers [20.] sub. 4.

δ., Die auf die Edictalien des Eylers'schen Curators Dr. Post von dem Erblasser gemachten Angaben und Erklärungen vom Jahre 1831. Der Erblasser hat nämlich ausser andern Forderungen angemeldet:

aus verschiedenen Obligationen, deren Data näher offerirte, 3,000 ℔, 2,000 ℔, 3,000 ℔, 1,400 ℔ und 1,000 ℔ zusammen 10,400 ℔

mit der Bemerkung, daß für diese Capitalien einiges Land antichretisch verpfändet sei.

Er hat ferner, da Eylers kurz darauf verstarb, und dessen
pag. 18 Kinder, die Ehefrau des Beklagten und ein Sohn, die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hatten, auf

Digitized by Google

anderweite Edictalien die übrigen Forderungen von neuem angemeldet und daneben bemerkt, daß der verstorbene Eylers ihm auſſer solchen 10,400 ℛ schuldig sei, welche aber dessen Tochter auf die an sie vom Vater verkaufte Stelle zum Wahrthurm übernommen habe,

Adj. Act. [53] z. E.

eine Erklärung, welche der Beklagte als Erbe seines Vaters gegen sich gelten lassen muß.

ε.) Das Geständniß des Beklagten daß die Eylers'sche Stelle zum Wahrthurm auf ihn mit übertragen sei;

O. Ger. Act. [11] S. 12. 13.

γ.) Die dem unter δ und ε Aufgeführten, abgesehen von der etwas größeren Summe entsprechenden Behauptung des Erblassers in dem Processe mit dem Beklagten, daß er an diesen aus ingrossirten Obligationen 10,500 ℛ zu fordern habe. pag. 19.

Adj. Act. Bruns w. Bruns [7] S. 9.

Diesem allem zufolge mußte der Umstand, daß der Erblasser ein Forderung von 10,400 ℛ an die Eylers'schen Erben gehabt habe, theils an sich für ausreichend bescheinigt erachtet werden, theils auch die Vermuthung begründet erscheinen, daß der Beklagte, welcher den ganzen Nachlaß an sich genommen hat, im Besitz der darüber sprechenden Documente sein werde. Es bedurfte daher nach dieser Richtung hin einer weiteren Bescheinigung nicht, und konnte mithin die Frage dahin gestellt bleiben, ob, wie das Ober-Appellations-Gericht in früheren Entscheidungen wiederholt, z. B.

Lüb. S. Leissau w. zweite Russer Brunogilde Sept. 1830. pag. 20.
(Bruhn Samml. Bd. 1. S. 327.)

angenommen hat, neben dem Editionseid noch eine besondere Bescheinigung des Besitzes der Urkunden erforderlich sei, oder ob der gedachte Eid auch diese Bescheinigung vertrete, wie von anderen höchsten Gerichten angenommen wird,

Seuffert Archiv Bd. 9 Nr. 102 (Darmstadt) und Note.

Anlangend sodann

2) die Herausgabe der zwischen dem Beklagten und seiner ersten Ehefrau am 21. Juli 1830 geschlossenen Ehepacten, so

Digitized by Google

bedarf es in dieser Beziehung keiner weiteren Bescheinigung des Besitzes auf Seiten des Beklagten, da derselbe in der Natur der Verhältnisse liegt. Anlangend dagegen den Rechtsgrund der Edition, so ergiebt sich aus der so eben unter 1. β erwähnten im Jahre 1831 abgegebenen Erklärung des Erblassers,
pag. 21. daß die Eylers'sche Tochter jene 10,400 ℛ auf die ihr vom Vater verkaufte Stelle übernommen habe, verbunden mit dem Geständniß des Beklagten, daß ihm jene Stelle, welche nach [93] der Obergerichtsacten eine Meierstelle war, mit übertragen sei, und der so eben unter No. 1. ε erwähnten Behauptung des Erblassers in dem Rechtsstreit mit seinem Sohn, eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß in diesen Ehepacten, welche, wie solches bei Landleuten in Niedersachsen ganz gewöhnlich ist, unter Zuziehung der beiderseitigen Eltern geschlossen sein werden, in Betreff der Uebernahme der fraglichen Schuld dem Erblasser gegenüber eine Verfügung getroffen worden sei. War aber dieses der Fall, so muß dieselbe auch für den Erblasser als gemeinsame Urkunde angesehen werden, und die Kläger sind als dessen Erben berechtigt, auch deren Edition in Anspruch zu nehmen.

pag. 22. Mußte sonach das Obergerichts-Urtheil in diesem Punkte bestätigt werden, so fällt damit die Nothwendigkeit eines Eingehens auf die sonstigen bei diesem Posten zur Sprache gekommenen Eventualitäten hinweg.

B. In Ansehung des Meybohm'schen Capitals von 1500 ℛ (Posten 4, b.) war

a) davon auszugehen, daß wenn in öffentlichen Documenten der Name „Hermann Bruns“ vorkommt, eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß der Erblasser der streitenden Theile und nicht der Beklagte gemeint sei, welcher sich der Regel nach Simon Hermann Diedrich Bruns oder mit den beiden ersten Vornamen unterzeichnet hat.

Denn:

1) das Amt Delmenhorst hat am 29. November 1858
pag. 23. attestirt, daß der Beklagte als Vormund seiner Nichte, der Tochter von Buschmann, den vormundschaftlichen Revers und

Digitized by Google

die abgelegten vormundschaftlichen Rechnungen stets mit dem Namen Simon Hermann Bruns unterzeichnet habe, und findet dieses Attest in den aus Delmenhorst requirirten Acten seine vollständige Bestätigung. Dabei ist es ganz unerheblich, wenn in dem Protocoll gedachter Acten vom 2. März 1840

[19] der adj. Acten aus Delmenhorst

nur Hermann Bruns junr. und an anderen Stellen der Protocolle der Name Simon darüber geschrieben ist. Letzteres deutet vielmehr darauf hin, daß man den zweiten Namen zu größerer Deutlichkeit hinzuzufügen für nothwendig erachtete. Nicht minder hat sich derselbe

2) laut Protocolls des Amtes Elsfleth vom 21. Juni 1826 als Simon Hermann Diedrich Bruns bezeichnen lassen und unterschrieben. Sodann ist pag. 24.

3) in der Bescheinigung des Erbe- und Handfesten-Amtes vom 11. October 1855 [60] betreffend die Eintragungen auf ein dem Götje Warnken in der Feldmark Woltmershausen belegenes Immobile der Beklagte als Simon Hermann Diedrich bezeichnet. In gleicher Weise ist dasselbe früher verfahren [55] und nicht minder in den Fällen [57] und [59], welche durch die anliegenden Acten des Erbe- und Handfesten-Amtes V. A. 150 und 170 vollständig ihre Bestätigung erhalten. Dazu kommen

4) die mehrfachen Bezeichnungen als S. H. D. Bruns in den Vollmachten über die von ihm geführten Rechtsstreitigkeiten, als

a) Stephani Kirche w. Simon Hermann Diedrich Bruns [4], wobei zu bemerken, daß er in dem ganzen Proceß durchweg mit seinem vollen Namen bezeichnet wird,

b) Simon Hermann Diedrich Bruns w. Pastor pag. 25.
Johann Hermann Duntze [2], wo sich der Name vollständig ausgeschrieben findet, während er im Uebrigen durchweg Simon Hermann heißt und nur in dem Schreiben des pp. Duntze [1] in der Adresse ohne Vornamen als Bruns junr. vorkommt;

Digitized by Google

c) Hermann Bruns w. Simon Hermann Diedrich Bruns, wo die Vollmacht des Vaters [1] mit Hermann, die des Sohnes [4] mit S. H. D. Bruns gezeichnet ist, und auch im Uebrigen die Gegensätze in den Namen beibehalten sind.

Nicht minder erheblich ist es

5) daß der Beklagte sich in den Briefen an seine Verwandten „S. H. D. Bruns" unterzeichnet, und daß auch diese an ihn „Simon Hermann Bruns" als Adresse schreiben; während auf die Anrede in diesem Briefe „lieber Hermann
pag. 26. Bruns" offenbar ebensowenig Etwas ankommt, wie darauf, daß er im gewöhnlichen Leben „Hermann" genannt sein soll, da der Regel nach Niemand mit mehreren Namen gerufen wird. Dazu kommt schließlich

6) die von dem Beklagten selbst producirte Quitung des Pastor Knoop vom 12. November 1831 über Weinkaufsgelder, in denen Jener mit vollem Namen aufgeführt ist. (Vergl. Unten IV. A. 3.)

Dagegen kann

7) darauf kein Gewicht gelegt werden, wenn der Beklagte seiner Angabe nach

a) in einer Quitung des Pastors Knoop vom 22. October 1849 als Hermann Bruns bezeichnet sein soll. (Vergl. jedoch Unten IV. A. 3.);

b) wenn er in Quitungen des Steuereinnehmers Oelrichs von 1849 und 1852 H. resp. Herm. genannt;

c) wenn in dem Meierbrief von 1842 die Bezeichnung „Hermann Bruns Ehefrau geb. Eylers" gewählt worden ist.

pag. 27. Erheblicher dagegen würde

8) es sein, wenn feststände, daß in der Vereinbarung zwischen der Wegbau-Deputation und Hermann Bruns vom 7. Juni 1834 hierunter der Beklagte verstanden sei. Das steht aber beim Leugnen der Kläger überall nicht fest, ja sogar der Schriftzug zu Ende des Namens könnte als Abkürzung von senior nicht ohne Grund angesehen werden.

Digitized by Google

Ebensowenig steht es

9) fest, daß die an Herm. Bruns gerichtete Auflage des Landherrn am linken Weserufer vom 17. April 1846 den Beklagten betroffen habe, um so weniger, als der Landherr am 25. August 1838 seinen Befehl ausdrücklich an Hermann Bruns junr. gerichtet hat. Sobald nämlich den betreffenden Namen die Zusätze senior, wie z. B. [96] und [97], oder junior, wie in den verschiedenen Acten sehr häufig geschehen ist, beigefügt sind, kann über die Person des Erblassers resp. des Beklagten überall kein Zweifel obwalten. Ganz bedeutungslos ist es, wenn der Beklagte pag. 28.

10) die Vollmacht in dem gegenwärtigen Rechtsstreit mit H. Bruns unterzeichnet hat, indem dieses in der Absicht geschehen sein kann, aus der theilweisen Gleichheit des Vornamens Vortheil zu ziehen.

Zum Schlusse war hervorzuheben, daß es einerseits bedenklich erscheint, mit den Gründen zum vorigen Urtheil

[5] S. 32 der O.-A.-Ger.-A.

aus der Aeußerung in den adjungirten Acten Bruns w. Bruns 1848 [3|5], der Vater habe Alles, was der Sohn erworben und erheirathet habe, auf seinem, des Vaters, Namen belegt, ein Geständniß abzuleiten, daß dieser allein den Namen Hermann zu führen berechtigt gewesen sei. — Andererseits pag. 29. aber wird man die Aeußerung in dem Commissions-Erkenntniß [103] S. 15 als den Acten widersprechend anzusehen haben, daß der Beklagte bei Rechtsacten pp., wo es auf eine genaue Bezeichnung der Person angekommen sei, einfach als Hermann Bruns bezeichnet worden sei. Denn die dafür angeführten neun Actenstellen enthalten, wie aus obiger Darstellung sich ergiebt, den Beweis jener Behauptung nicht.

Wendet man nun das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen

b) auf das in Rede stehende Meybohm'sche Capital an, so konnte es, da anzunehmen war, daß die Kläger mit der Production von [53] die Behauptung aufgestellt haben, auch die Verschreibungen über den Rest der Forderung zum Betrage

Digitized by Google

von 1300 ℔ lauteten auf den Namen von Hermann Bruns, und da der Beklagte den Besitz derartiger Verschreibungen zugestanden hat,

pag. 30. [43] S. 15. [63] S. 9.

— weshalb denn auch von einem künftigen Leugnen dieses Besitzes nicht wird die Rede sein können — an der Verpflichtung zur Edition derselben in keiner Weise gezweifelt werden.

C. In Ansehung der Forderung an Warnken zum Betrage von 8500 ℔ (Posten 4 d.) steht gegenwärtig nur in Frage, ob der Beklagte verbunden sei, sich über die desfallsige Eideszuschiebung zu erklären. Die Bejahung derselben ist unzweifelhaft. Zunächst mußte nämlich den vorigen Urtheilen darin beigepflichtet werden, wenn sie die in den adjungirten Acten Bruns w. Bruns [7] S. 9. enthaltene Aeußerung nicht für ausreichend erklären, um auf Grund derselben den Posten für erwiesen zu halten. Ebenso darin, daß ein Grund für die beantragte Edition der über das Capital ausgestellten Urkunden
pag. 31. nicht vorhanden sei, da die Kläger nicht behaupten, daß ihr Erblasser in denselben als Gläubiger aufgeführt werde. Es hätte sich also nur fragen können, ob dem Beklagten ein Reinigungseid aufzuerlegen gewesen wäre, oder ob der Beweis bis auf die Eideszuschiebung verfehlt sei. Dieser Punct steht zu Gunsten der zweiten Alternative rechtskräftig fest. Noch weiter zu gehen, und auch die Eideszuschiebung auf Grund von Grav. III. zu beseitigen, dazu fehlt es an jedem Anlaß, indem dem vorigen Urtheile darin ganz beizutreten ist, daß ein ausreichender Inhalt für eine Eideszuschiebung in den Acten vorhanden sei.

IV. Anlangend die zum Nachlaß gezogenen Ländereien, so mußte zunächst in Betreff des aus den Vormundschaftsacten, welche von dem Großherzoglich Oldenburgischen Amte Delmenhorst requirirt worden sind, entnommenen allgemeinen Beweismomentes, daß der Beklagte keine Immobilien besitze, den Ausführungen zum Commissionserkenntniß

[103] No. 5. S. 34—40.

Digitized by Google

beigepflichtet werden. Es kommt daher auf die Frage an, ob durch das sonstige Beweismaterial bei jedem einzelnen Grundstück der Beweis erbracht sei, daß dieselben zu dem fraglichen Nachlaß gehöre, und von dem Beklagten besessen worden. In dieser Beziehung war im Allgemeinen auf die Ausführungen zu beiden vorigen Urtheilen um so mehr zu verweisen, als in jetziger Instanz zu der fünften Beschwerde nichts weiter bemerkt ist, als daß der Beweis der Identität bei den einzelnen Grundstücken vermißt werde, und diese bestritten werden müsse, daß ferner auf den Namen Hermann Bruns in den Urkunden nicht das mindeste Gewicht zu Gunsten der Kläger zu legen sei, und daß endlich gegen die von dem Obergerichte beliebte pag. 33.
Supplirung von Beweismitteln über die von den Klägern selbst producirten hinaus protestirt werde.

[1] der O.-A.-Ger.-A. S. 26, 27.

Allein jene Identität des Objectes ist bereits in den Gründen zu den vorigen Urtheilen entwickelt; in Betreff der Bezeichnung Hermann Bruns genügt es auf die Ausführungen zu III. B. a. zu verweisen, und in Ansehung der Frage, ob das Obergericht die Grenzen des gerichtlichen Ergänzungsrechtes überschritten habe, genügt die Bemerkung, daß ein jedes Gericht die Befugniß hat, die bei ihm selbst vorhandenen Wahrheitserforschungsmittel zu Anwendung zu bringen, sobald deren Bezugnahme von einer der Parteien wenn auch nur mittelbar vorliegt.

Hamb. Präj. Otto & Co. w. Arnemann & Sohn vom 19. Decbr. 1844. Seuffert 1. 133.

Dieses letztere trifft hier zu und das Obergericht hat nichts pag. 34.
weiter gethan als die von den Klägern beigebrachten Documente aus vor dem Obergerichte in einer anderen Eigenschaft desselben ergangenen Acten einer genauen Vergleichung zu unterziehen, und diese zur abermaligen Controle abseit des zuletzt erkennenden Richters den Acten beizulegen — ein Verfahren, welches die s. g. Verhandlungsmaxime nicht überschreitet.

Im Einzelnen war Folgendes entscheidend.

Digitized by Google

A. Zu 5 a. 1. Die adjungirten Acten Hermann Bruns w. Johann Heinrich Gerhard Eylers Erlaß von Edictalien betreffend [4] ergeben, daß im Jahre 1815 der Letztere an Ersteren eine Reihe von Grundstücken verkauft hat; wie auch schließlich [77] S. 10. von dem Beklagten, welcher früher [43] S. 18. 19. abweichende, in dem Commissionser-
pag. 35. kenntniß [103] S. 46. ihm mit Recht zum Vorwurf gemachte Angaben aufgestellt hatte, zugegeben worden ist.

2) Von diesen Grundstücken sind jedenfalls acht, und außerdem die von dem Beklagten als Eigenthum des Erblassers anerkannte s. g. Willake laut [54] in den Vermessungsregistern und Cataster der Feldmark Kirchhuchting und Grolland als Eigenthum des Hermann Bruns aufgeführt, und müssen daher, den Ausführungen unter III. B. a. zufolge, von Gegenbeweismomenten abgesehen, als Eigenthum des Erblassers angesehen werden. Wenn daher der Beklagte in voriger Instanz und noch jetzt, nachdem die Kläger bei dem Obergerichte den Handriß [112] beigebracht, diesem seine Anerkennung versagt und die Identität fortwährend bestreitet, so konnte ein derar-
pag. 36. tiges Verfahren nur als frivol bezeichnet werden. Es kommt jedoch auf [4] gar nicht einmal an, da in dem jetzt vorliegenden Original von [54], worauf das Obergericht das Hauptgewicht legt, lediglich Hermann Bruns als Eigenthümer der dort verzeichneten siebenzehn Grundstücke aufgeführt worden ist. Nun macht zwar

3) der Beklagte für die Annahme seines Eigenthums geltend, daß er zum Verifications-Protocoll vom 17. Juni 1847 sich als Eigner bezeichnet habe, und daraus erklärt sich allerdings die mittelst [54] berichtigte Angabe in [41]. Allein die Einsicht dieses Protocolls, welches in den Gründen zum vorigen Urtheil S. 58 bis 62 bereits ausführlich beschrieben ist, hat nur so viel ergeben, daß in dem betreffenden Termine, in welchem Vater und Sohn erschienen sind, der erstere in Betreff der fraglichen Ländereien, welche nach No. 2 schon früher als
pag. 37. sein Eigenthum verzeichnet waren, in dieser Eigenschaft wiederum aufgetreten und in Betreff derselben und zweier anderen die

Digitized by Google

Freiheit von außerordentlichen Contributionen in Anspruch genommen hat. Wenn daher im Verlaufe der Verhandlungen Bruns junr. einmal, mit Bezug auf die Deichlast, von No. 15, 16, 18, 20 als von seinen Parcelen spricht, so hat er sich hier offenbar mit seinem Vater identificirt. Es kann aber hierauf um so weniger Gewicht gelegt werden, als bei einer andern Gelegenheit, wo es sich um die Wege handelte, in Bezug auf die Grundstücke No. 16 und 18 wiederum der Vater Hermann Bruns aufgetreten ist, und gleich wie bei den Deichen die Unterhaltungspflicht ablehnt. Ebensowenig konnte darauf etwas ankommen, daß Bruns junr. in Beziehung auf das Grundstück No. 1 angiebt, er habe für einen Theil desselben jährlich 12 ß an die Pfarre zu Kirchhuchting zu zahlen. pag. 38.
Daß er nämlich auch hier Namens seines Vaters gesprochen hat, erhellt daraus, daß die Quitung des dasigen Pastors vom 22. October 1849

[69] der O.-Ger.-A.

also aus einer Zeit, wo der Vater noch lebte, auf Hermann Bruns lautet, während die Unterscheidung zwischen Vater und Sohn abseiten desselben Pastors sich aus dessen Quitung vom 12. November 1831 ergiebt

S. Oben III. B. a. 6. 7. a.

B. Zu 5 c. d. ist die Zuerkennung eines Erfüllungseides an die Kläger in aller Maaße gerechtfertigt. Denn

1) aus den Acten des Erbe- und Handfestenamts V. A. 150 und dem in diesen angezogenen Protocolldistractionsbuch geht hervor, daß diese Grundstücke von dem Erblasser erstanden und von dem Beklagten vor der Versteigerung eine Anmeldung in Betreff derselben stattgefunden hat. Wie man auch immer über die Gegensätze in den Namen des Erblassers und seines pag. 39.
Sohnes denken mag, und selbst dann, wenn man den unter III. B. a. beurtheilten Punct nicht, wie geschehen, sondern in der Weise beurtheilen sollte, wie dies das Commissionserkenntniß in seinen Gründen gethan, so würde doch in einem Falle, wo beide Personen Anfangs einander entgegengesetzt sind, und

Digitized by Google

später dem Einen von ihnen der Zuschlag ertheilt ist, unmöglich angenommen werden können, daß die genaue Bezeichnung, welche in dem ersten Protocoll beliebt worden, später plötzlich verlassen sei. Nun steht aber in dem Protocoll vom 7. Mai 1838 ganz ausdrücklich, daß S. H. D. Bruns die Anmeldung gemacht, indem er mit seinem Vater erschienen, welcher laut [3] zu diesem Termine vorgeladen war. Nach erfolgter Rectification der Be-
pag. 40. schreibung durch [4] erscheint der Vater allein, und erweitert die vom Sohne geschehene Anmeldung. Nachdem hierüber eine Verhandlung zwischen ihm und dem Senator Schumacher stattgefunden, präcisirt Simon Hermann Diedrich Bruns am 11. August 1838 die Anmeldung genauer, und nunmehr erfolgt am 18. September in einem Termin, wo der Agent Katz geboten hat, dessen angeblicher Auftrag für den Beklagten zu bieten, wenn er dies unterlassen haben sollte, rechtlich bedeutungslos sein würde, der Zuschlag für Hermann Bruns, welcher in dem Termine anwesend war, und die desfallsige Angabe des Bietenden persönlich bestätigt hat. Die Einwendungen, welche der Beklagte hiegegen aus der Verschiedenheit der Behörden geltend macht, sind um so weniger zutreffend, als der Secretär Droste in den meisten dieser Verhandlungen das Protocoll geführt hat, und über die Verschiedenheit von Vater
pag. 41. und Sohn sicherlich im Klaren war. Dazu kommt

2) die kurz vor dem Tode des Erblassers erfolgte Disposition über den größten Theil dieser Grundstücke zu Gunsten seiner neuen Braut, welche sich aus [8] §. 2 der Acten Bruns w. Bruns ergiebt. Denn es ist schwerlich anzunehmen, daß die Wittwe Wultzen sich einen Gegenstand zum Altentheil verschreiben ließ, von dem es nicht klar war, daß er dem Verschreibenden gehörte: und die Bemerkung des Beklagten, der Erblasser sei über das, was ihm gehört, unklar gewesen, hat keinen Anspruch auf Beachtung.

Endlich verdient auch

3) die Bemerkung in den Gründen zum Obergerichtserkenntnisse über den Schreibfehler in [5] S. 2. z. E. alle Beachtung.

Digitized by Google

Dagegen ist

4) das Argument der Gründe zum Commissionserkenntniß, pag. 42.
welches aus der Nichtantretung des Gegenbeweises entnommen ward, mehr factischer als juristischer Natur, wiewohl sich schwerlich leugnen läßt, daß, wenn für den Beklagten eine Möglichkeit vorhanden gewesen wäre, durch einen Zeugenbeweis seine Behauptungen in Betreff des Protocolls des Erbe- und Handfestenamtes klar zu stellen, er solches nicht versäumt haben würde. Wenn der Beklagte aber in voriger Instanz sich diesen annoch vorbehalten zu dürfen glaubt, so befindet er sich in einem Irrthum, indem er damit durch seinen im Protocoll vom 19. Mai 1859 erklärten Verzicht auf den directen Gegenbeweis ausgeschlossen ist.

C. Zu 5. e. In Ansehung des s. g. Fünfruthen-Kamps ergiebt sich die Erbschaftsqualität aus dem Distractionsprotocoll-Buch p. 256, wo Hermann Bruns ausdrücklich erklärt, er habe für sich selbst das damals für Post Erben ausgebotene pag. 43.
Grundstück gekauft, in Verbindung mit den adjungirten Acten des Erbe- und Handfestenamts V. a. 170, von welcher [58] und [59] die neben der Beweisantretung producirten wichtigsten Auszüge enthalten. Diese Acten aber ergeben Folgendes. Nachdem die Vorladung [3] zum Termin vom 18. April 1839 an Hermann Bruns schlechthin gerichtet war, wird in dem über den Termin aufgenommenen Protocoll ausdrücklich bemerkt, Hermann Bruns sei per filium Simon Hermann Bruns erschienen, und habe die betreffende Anmeldung gemacht; sodann ist der Zuschlag an Hermann Bruns schlechthin ertheilt, laut einer auf der Desination der gedachten Acte ersichtlichen Notiz der Anschlag und das Zuschlagsprotocoll Diesem behändigt, und von ihm über den Empfang mittelst der ihm in späteren Jahren eigenthümlichen Unterschrift „Hermann pag. 44.
Bruns“ vgl. die adjungirten Acten Bruns w. Bruns [1] Bruns wider Kirchhuchtings Bauern [1] Post cur. wider Eylers wegen Edictalien [53] und für die frühere Zeit (22. Janr. 1815)

Digitized by Google

quittirt, deren Echtheit von dem Beklagten nirgends angezweifelt ist. Auch hat der Beklagte selbst in [43] S. 22 und [63] S. 17 zugestanden, daß sein Vater beim Verkauf jener Grundstücke aufgeboten habe. Wenn er hinzufügt, es sei in der Absicht geschehen, um für ihn, den Beklagten, zu erwerben, so steht diese Bemerkung mit der, der Vater habe nicht im eigenen Namen gekauft und das Zuschlagsprotocoll erhalten, welche dem Obigen zufolge unbegründet ist, zwar nicht in Widerspruch, ist aber jedenfalls bedeutungslos, da die Nichtausführung des etwaigen Auftrags oder die Verwendung des dem Beklagten
pag. 45. zugehörigen Geldes ([43] S. 22. 23.) nach bekannten Rechtsgrundsätzen den Eigenthumserwerb von Seiten des Vaters nicht hindern würde, und nur Entschädigungsansprüche zur Folge haben könnte.

Schließlich war noch hervorzuheben, daß wenn das Commissions- und Obergerichtserkenntniß bei den Ländereien die Einrede der Ersitzung vom Standpunct eines directen Gegenbeweises aus einer Prüfung unterzogen und verworfen haben, die derzeitige Beurtheilung, nach den Unten unter V. ersichtlichen Ausführuugen unstattnehmig erscheinen mußte.

D. Das Grav. IV. des Beklagten betrifft die von dem Obergericht bei den Grundstücken unter 5 b. f. und g. verfügte Abänderung des Commissionserkenntnisses indem an die Stelle der in diesem ausgesprochenen Deserterklärung die Verpflichtung
pag. 46. des Beklagten gesetzt ist, sich über den ihm in der Beweisantretung von den Gegnern zugeschobenen Eid zu erklären. Eine Rechtfertigung dieser Beschwerde ist nicht versucht, eine genügende wäre unmöglich gewesen. Zwar haben die Kläger bei zweien dieser Grundstücke, nämlich bei f. und g. in [52] S. 3 erklärt, es sollten hiezu keine specielle Beweise angetreten werden, und diese Erklärung ist von Seiten des Beklagten [63] S. 10 z. A. mit dem Antrag auf Deserterklärung dieser besonderen Beweise acceptirt worden. Allein am Schlusse der Beweisantretung S. 21 und 22 wurde dem Gegner über die Negative des Beweissatzes event. der Eid zugeschoben, und darunter sind offenbar alle diejenigen Posten begriffen, in Bezug

Digitized by Google

auf welche der Eid unter specieller Normirung der Form nicht schon zugeschoben war. Zu diesen Posten gehört aber außer f. und g. auch b. Es würde also nur dann die gedachte Zu- pag. 47.
schiebung als inhaltsleer angesehen werden können, wenn der Auffassung des Commissionserkenntnisses beizustimmen wäre, daß es an einem ausreichenden Inhalt für die Eideszuschiebung fehle. Dieses ist jedoch, wie mit dem Obergerichte aus dessen Gründen [5] S. 48—53 der Ober-Appell.-Gerichts-Acten angenommen werden mußte, so wenig der Fall, daß sogar in Ansehung des Postens b. die Führung des Beweises wenigstens bis zum Erfüllungseide anzunehmen gewesen sein würde, wenn nicht das Ober-Appell.-Gericht durch den Mangel einer Beschwerde an einer Abänderung des vorigen Urtheils gehindert wäre.

V. Der Beklagte verlangt mittelst seiner letzten Beschwerde, daß ihm der Beweis seiner Einreden (und indirecten Gegenbeweise) vorbehalten werde, oder doch in Betreff seiner Gegenbehauptungen, namentlich in Betreff der Ersitzung des Eigen- pag. 48.
thums der Beweis nachgelassen, und endlich, daß die Erbfolge nach den für Meierland geltenden Rechte regulirt werde, in Ansehung derjenigen Ländereien, bei welchen die Kläger selbst die gedachte Eigenschaft anerkannt hätten.

Bei der Prüfung dieser Beschwerde würde es sich zunächst von selbst verstehen, daß insoweit deren Inhalt über den Inhalt der in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden hinausgeht, also über den von Grav. 10 voriger Instanz, Derselbe gegenwärtig keine Beachtung finden könnte, weil insofern das erste Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat. Es durfte jedoch auch der übrige Inhalt der Beschwerde zur Zeit einer materiellen Prüfung nicht unterworfen werden, weil in dec. 4 des Com- pag. 49.
missionserkenntnisses [48] in Verbindung mit rat. 3 Abs. 2 die Entscheidung über sämmtliche hier in Betracht kommende Puncte, nämlich die Tilgung der Forderungen des Erblassers an Eylers

vgl. [11] S. 13. [43] S. 12. 13. [44] S. 7. 8.

und nicht minder die Ersitzung in Ansehung der unter 5 a. bis g. aufgeführten Ländereien

bivgl. (43] S. 20 & 24 und [44] S. 9 und 10.

Digitized by Google

ebenso ausgesetzt worden ist, wie dies in Ansehung der meierrechtlichen Eigenschaft einzelner Ländereien durch Erkenntniß des Obergerichts vom 19. Januar 1852 [25] geschehen war. Es konnte daher der abweichenden Auffassung des Obergerichts

[5] S. 67 bis 69 der O.-A.-Ger.-A.

pag. 50. nicht beigepflichtet werden, daß die Ersitzung der unter No. 5 verzeichneten Ländereien, insoweit die desfallsigen Beweise als gänzlich oder bis zum Erfüllungseide erbracht angesehen worden sind, einen Gegenstand der derzeitigen Beurtheilung bilden. Zwar hat das Commissionserkenntniß dieselbe unter den Gesichtspunkt eines directen Gegenbeweises wider die einzelnen Beweise bei den betreffenden Puncten gewürdigt und beseitigt, und das Obergericht ist dieser Auffassung beigetreten. Allein diese Entscheidung hat keine formelle Bedeutung, da nach dieser Richtung hin durch das rechtskräftige Beweis-Interlocut Alles vorbehalten war. Dabei muß es natürlich bewenden und konnte in eine materielle Prüfung des Vorbehaltenen nicht eingetreten werden, wie sehr auch, im Interesse der Beendung des gegenwärtigen Rechtsstreits, eine Vermeidung stückweiser Behandlung der ein-

pag. 51. zelnen Puncte dieser Erbtheilungsklage als wünschenswerth sich darstellen mochte. Es bleibt jedoch dem Beklagten unverhalten, sich ernstlich zu prüfen, ob er nicht, wenn er, ungeachtet der Momente, welche in den Acten bereits gegen ihn in gedachter Beziehung vorliegen, eine weitere Verhandlung über jene Einwendungen herbeiführt, dem Vorwurf frivoler Proceßverschleppung und deren Folgen sich aussetzen wird.

Da die Beschwerden des Beklagten sich durchgängig als verwerflich herausgestellt haben, so bedarf dessen Verurtheilung in die Kosten gegenwärtiger Instanz keiner weiteren Rechtfertigung.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Georg Wilhelm Bley Wittwe, Marie Magarethe geb. Kleyer, zu Bremen, jetzt deren Erben, Kläger, jetzt Appellanten, wider den Staatsanwalt daselbst, Beklagten, jetzt Appellaten, Erhöhung der Straße genannt „die Herrlichkeit“ betreffend, (App. III.) erkennt das Ober-Appellations-Gericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 10. November 1862, abgesehen von dem unangefochten gebliebenen decisum 1, wie hiemit geschieht, dahin zu bestätigen und abzuändern sei, daß falls Kläger annoch eidlich erhärten könnten und wollten:

daß der aus der Erhöhung des Bodens der gedachten Straße durch eindringende Feuchtigkeit und hereinfließendes Wasser für ihr Haus herbeigeführte unmittelbare Schaden, unter Berücksichtigung der in Folge jener Erhöhung durch Schutz gegen Hochwasser etwa erwachsenden Vortheile, während der Zeit von der Erhöhung des Straßendammes auf der Herrlichkeit bis zum Verkauf des in Rede stehenden Hauses auf 400 Reichsthaler Gold oder wie viel weniger anzuschlagen sei.

Digitized by Google

Beklagter verbunden sei, den Klägern die von denselben eidlich erhärtete Summe als Entschädigung zu bezahlen.

Sämmtliche in dem gegenwärtigen Rechtsstreite erwachsenen Kosten, in soweit nicht darüber bereits erkannt worden ist, sind zu vergleichen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. Novbr. 1863.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**

Secretar.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger haben in der Hauptsache ihre in voriger Instanz aufgestellte einzige Beschwerde über die Verwerfung der
pag. 2. Zulassung zur Ableistung des ihnen rechtskräftig zuerkannten, im Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 30. September 1861 normirten Eides in gegenwärtiger Instanz zulässigerweise in drei Punkte zerlegt, indem sie zunächst bei der aufgestellten Beschwerde stehen bleiben, eventuell aber verlangen, daß unter Beibehaltung der in der Eidesform festgesetzten Summe die Fassung des Eides auf dem bis zum Verkauf des Hauses verwirklichten Schaden und den zu dessen Abwendung in der Zukunft erforderlichen Kostenaufwand gestellt werde, in weiterer Eventualit endlich die sofortige Zuerkennung einer neuen Entschädigungssumme für den gedachten bereits verwirklichten Schaden beanspruchen. Von diesen Anträgen waren die beiden
pag. 3. ersten zu verwerfen, dem dritten dagegen mußte entsprochen werden.

Digitized by Google

Für die Beurtheilung der Sache ist es zunächst unerheblich, ob die in der rechtskräftigen Entscheidung des Ober-Appellations-Gericht vom 23. Februar 1856 zugelassene Rechtsverfolgung als analoge aquilische oder als Negatorien-Klage, unter Verwandlung der einer solchen entsprechenden Bitte in einen, nach Analogie einer Enteignung festzustellendenden Entschädigungsantrag, aufgefaßt wird. Denn es steht durch den in den Gründen zu gedachtem Urtheil pag. 16. gemachten, in den Gründen zum Urtheil vom 30. September 1861 pag. 47. wiederholten Vorbehalt rechtskräftig fest, daß der Beklagte die Befugniß hat, den, durch das Beweisverfahren ermittelten Minderwerth des Hauses zu bezahlen, oder die Forderung seiner Gegner durch Rückverlegung des Trottoirs zu beschränken. Durch diese Entscheidung pag. 4.
aber ist der Entschädigungsanspruch, er mag aus der einen oder der andern Klage herrühren, fest begrenzt. Es fragt sich daher ferner, welche Wirkungen durch die im Laufe des Rechtsstreites ohne Vorbehalt in Betreff des klagbar gemachten Entschädigungsanspruchs stattgehabten Verkäufe des in Rede stehenden Hauses, nämlich den von den Erben der ursprünglichen Klägerin beliebten, entweder freiwilligen oder auf Grund der Erbtheilung nothwendigen Verkauf an die Miterbin Anna Louise Catharina Bley, und deren weiteren freiwilligen Verkauf an Carl Eduard Engelmann, für den Umfang des gedachten Entschädigungsanspruchs herbeigeführt sind. Daß die Zurückverlegung des Straßendammes durch jene Verkäufe nicht physisch unmöglich geworden, und hierdurch die dem Beklagten zustehende Befugniß, den gegnerischen Antrag zu beschränken, hinweggefallen pag. 5.
sei, läßt sich nicht bezweifeln. Eine Unmöglichkeit der Leistung hat mithin die alternative Befugniß des Beklagten nicht beseitigt. Ebensowenig konnte angenommen werden, das Recht der Beklagten sei durch Zufall erloschen. Unter diesen Begriff fällt die Veräußerung der Kläger nicht. Sie ist vielmehr ihre freiwillige Handlung und als solche ungeeignet, das Recht des Beklagten zu beeinträchtigen, indem es sonst der freien Willkühr anheimfiele, rechtskräftig feststehende Befugnisse zu vereiteln. Wäre aber auch die Veräußerung eine nothwendige gewesen,

Digitized by Google

was nicht ausreichend substanziirt ist, so ließe sich gleichwohl ein derartiger Verkauf, ganz abgesehen davon, daß für die Rate der kaufenden Miterbin der Anspruch des Beklagten keine Veränderung erlitten haben würde, nicht als ein denselben be-
pag. 6. seitigender Zufall auffassen, da es den Klägern unbenommen war, durch den geeigneten Vorbehalt bei Abschluß des Verkaufs den Fortbestand der rechtskräftigen Sachlage zu wahren, oder den Staat durch eine Anzeige in die Lage zu setzen, von seiner Befugniß zurückzuverlegen Gebrauch zu machen. Haben sie Beides unterlassen, so liegt darin jedenfalls eine freiwillige Handlung der Kläger, und deren Folge ist nicht die Beseitigung der Befugniß des Beklagten, sondern vielmehr der theilweise Verlust des eigenen Rechtes Entschädigung zu fordern. Keine Obligation kann jemals gerichtlich geltend gemacht werden, sobald es an einem Interesse fehlt, dieses zu thun. Daß nun, sobald die Verkäufe abseiten der Erben stattgefunden haben, dieselben bei einer Rückverlegung des Trottoirs nicht betheiligt
pag, 7. sein können, bedarf keiner weiteren Deduction. Ist aber das, so steht ihnen zweifelsohne eine doli exceptio entgegen, sobald sie die der Zurückverlegung entsprechende Entschädigung fordern. Auch kann die Fortdauer des Interesse nicht etwa durch die Behauptung begründet werden, daß die Verkaufssumme wegen der Werthverminderung des Hauses durch Erhöhung des Straßendammes niedriger ausgefallen sei. Denn einmal läßt sich der Betrag einer solchen Verminderung überall nicht mit Sicherheit bestimmen, und jedenfalls lag es, wie obenerwähnt, in der Hand der Kläger, durch geeigneten Vorbehalt in Betreff der Ergebnisse des gegenwärtigen Rechtsstreites den Schaden von sich abzuwenden. Sie haben es folglich sich selbst beizumessen, wenn sie es unterließen, einen solchen Vorbehalt zu machen.

pag. 8. Da nun auch das eventuelle Verlangen der Kläger, die Ersparniß des Staates durch das Unterbleiben der Zurückverlegung des Straßendammes zuerkannt zu erhalten, um deßwillen verworfen werden mußte, weil es für einen solchen Anspruch an jedem Rechtsgrunde fehlt, so bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob die Forderung der Kläger für die Zeit der wider-

Digitized by Google

rechtlichen Dauer der Straßenerhöhung, also von deren Beginn bis zu den obenwähnten Verkäufen des Hauses, sofort entschädigt zu werden, rechtlich begründet sei. Nach dieser Richtung hin konnte der Auffassung der vorigen Urtheile, welche den Klägern ihre desfallsigen Zuständigkeiten vorbehalten haben, nicht beigepflichtet werden. Vielmehr mußte, da die Kläger ausdrücklich erklärt haben, daß die Beweismomente auch für diesen begrenzten Zeitraum bereits vollständig in den Acten enthalten seien, und der Beklagte dagegen nichts einzuwenden gehabt hat, überdies aber es sich nicht empfahl, dem gegenwärtigen, lange dauernden pag. 9.
Rechtsstreite ohne irgend welche Aussicht auf Förderung der Wahrheit fernere Nahrung zu geben, schon jetzt auf Grund jenes Beweismaterials erkannt werden, — Berücksichtigt man nun dessen Inhalt, wie solcher in den Gründen zum Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 30. September 1861 näher dargelegt und geprüft worden ist; zieht man ferner theils die Zeit, während welcher das klägerische Interesse ungeschmälert fortbestand, theils, und insbesondere den Umstand in Betracht, daß die durch die Erhöhung des Straßendammes für die Subsistenz des Hauses herbeigeführten Uebelstände nach der Natur der Verhältnisse in den ersten Jahren sich besonders wirksam erzeigt haben werden, so mußte gerechtfertigt erscheinen, pag. 10.
den Betrag der nach Ableistung des aus der Urtheilsfassung ersichtlichen Eides den Klägern zuzubilligenden Entschädigungssumme auf 400 ℛ Gold festzustellen.

An diesem Ergebniß vermag auch schließlich der in gegenwärtiger Instanz vorgetragene, angeblich neues an dem Miteigenthum der Wittwe Frantz entnommene Thatumstand nichts zu ändern, da dieser Umstand nicht in geeigneter Weise geltend gemacht ist. Vielmehr muß dem Beklagten überlassen werden, nach wiederholter genauer Prüfung des einschlagenden Sachverhalts etwaige desfallsige Anträge in erster Instanz zu stellen.

Die Kosten anlangend, so war die bereits in dem Urtheil vom 30. September 1861 ausgesprochene Vergleichung sämmtlicher

Digitized by Google

bis dahin erwachsener Kosten, insoweit darüber nicht bereits
pag. 11. erkannt worden, auch in Ansehung der seitdem in allen Instanzen entstandenen Kosten, wegen theilweisen Wechsels der Entscheidungen, und weil die Kläger mit einem namhaften Theil ihrer Ansprüche obsiegen, auszusprechen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Cornelius Janssen Cornelius zu Bremerhaven, Klägers jetzt Appellantens, wider den Staatsanwalt der Freien Hansestadt Bremen, Namens des Hohen Senates daselbst, in Vertretung der Hohen deutschen Bundesversammlung, Beklagten, jetzt Appellaten, Forderung betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichtes der Freien Hansestadt Bremen vom 3. Juni 1861 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß

I. der dem Kläger zu dem Posten 7 in [25] unter 2, e, des obergerichtlichen Erkenntnisses vom 3. Septbr. 1860 auferlegte Beweis folgende Fassung erhalte:

daß die Hansa vom 1. November 1849 bis 1. April 1850 vor dem Grundstück des Klägers gelegen habe, daß und wie lange während dieser Zeit der Kläger durch die Art der Anlegung des Schiffes, oder durch Veranstaltung einer Passage der Arbeitsleute über das klägerische Grundstück, an der Benutzung seines Helgens

Digitized by Google

verhindert worden, ihm auch dadurch ein Schaden von 200 Rthlr. oder wie viel weniger, entstanden sei, und daß

entweder die Vorgesetzten der Hansa wiederholt von ihm aufgefordert worden seien, das Schiff wegzunehmen und ihn in seinem Geschäft nicht zu stören,

oder der Admiral Brommy ihm versprochen habe, er solle den auf vorbenannte Art entstandenen Schaden ersetzt erhalten.

II. die durch die klägerische Revision in voriger Instanz veranlaßten Kosten zur Hälfte zu compensiren seien.

Von den Kosten der gegenwärtigen Instanz wird die eine Hälfte gleichfalls compensirt und der Kläger in die andere Hälfte verurtheilt; und wird die Sache zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. Decbr. 1863.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Die erste Beschwerde des Klägers ist dahin gerichtet, daß ihm neben dem in deciso 2. e, des Obergerichts-Erkenntnisses vom 3. September 1860 — zum Posten 7. [25] — freigelassenen Beweise nicht alternativ der Beweis freigelassen sei, daß die Hansa am Grundstück des Klägers vom 1. November 1849 bis 1. April 1850 gelegen, und hiedurch

Digitized by Google

ein Schaden von 200 ℔ salva liquidatione dem Kläger entstanden sei;

eventuell nicht der weitere Beweis,

daß trotz mehrfacher Aufforderungen der competenten Behörde von Seiten des Klägers, die Hansa wegzunehmen und ihn in seinem Geschäfte nicht zu stören, die Hansa dennoch liegen geblieben und dem Kläger hiedurch der behauptete Schaden entstanden sei.

Ungeachtet der mangelhaften Fassung der Beschwerde ist doch nicht zu verkennen, daß der Zweck des Klägers dahin geht, seinen Anspruch nicht unbedingt von dem Beweise eines vom Admiral Brommy gegebenen Entschädigungsversprechens pag. 3. abhängig gemacht zu sehen, sondern denselben auch durch einen Beweis widerrechtlich erlittener Geschäftsstörung begründen zu dürfen.

Der principale Theil der Beschwerde ist, wenn auch nicht ganz den Worten, so doch der Sache nach eine Wiederholung von grav. 2 des Klägers in voriger Instanz. Der eventuelle Theil ist zwar in voriger Instanz unerwähnt geblieben, lag jedoch offenbar als minus in dem dortigen grav. 2., so daß auch seiner Berücksichtigung ein formelles Bedenken nicht entgegensteht. Nun leuchtet freilich

1) die Grundlosigkeit des principalen Verlangens ohne Weiteres ein, da nicht abzusehen ist, wie die Thatsache, daß die Hansa 5 Monate lang an oder vor dem Grundstück des Klägers pag. 4. gelegen habe, für sich allein eine gegen den Kläger verübte Widerrechtlichkeit constatiren und somit einen Entschädigungsanspruch begründen sollte. Anders war dagegen

2) der eventuelle Theil der Beschwerde zu beurtheilen. Der Kläger hat sich in erster Instanz keineswegs bloß auf ein ihm gegebenes Entschädigungsversprechen gestützt, vielmehr in der Replik, wo überhaupt erst die nähere factische Begründung seines Anspruches vorkommt, zunächst einen Eingriff in sein Eigenthum als Ursache des angeblich erlittenen Schadens geltend gemacht, und nur daneben sich darauf berufen, daß seine Anforderungen zur Abstellung des schädlichen Verfahrens

Digitized by Google

durch ein Entschädigungsversprechen beschwichtigt worden seien.
Die gehörige Substantiirung jenes ersten Klagfundamentes
pag. 5. vorausgesetzt, ist daher der Antrag auf eine alternative Beweisauflage gerechtfertigt.

Das Vorbringen des Klägers in der Replik geht nun dahin, die Hansa habe nicht ordnungsmäßig im freien Wasser, sondern dicht an den Helgen des Klägers gelegen und sei auswendig vollständig ausgebessert worden. Zu dem Ende sei eine Brücke von der Hansa auf den Bauplatz des Klägers gelegt gewesen, und hiedurch, sowie durch Benutzung des Bauplatzes selbst und durch die fortwährende Passage der Arbeitsleute über den Bauplatz zu der Hansa sei dem Kläger die Benutzung seiner Helgen und seines Bauplatzes gänzlich verloren gegangen. Kläger sei dadurch genöthigt gewesen, ihm übertragene Schiffsarbeiten abzuweisen. Vielfache Aufforderungen des Klägers, die Hansa wegzunehmen und ihn in seinem Ge-
pag. 6. schäfte nicht zu stören, seien erfolglos geblieben.

Die Wahrheit der angeführten Thatsachen vorausgesetzt, muß eine in factum actio legis Aquiliae accommodata für begründet erachtet werden.

a. Daß mit der actio legis Aquiliae auch der Ersatz eines Schadens gefordert werden kann, welcher durch widerrechtliche Einwirkung auf unbewegliche Sachen herbeigeführt worden ist, unterliegt keinem Zweifel.

l. 27. §. 14. 25. 26. 31. 32.
l. 29. §. 1.
l. 50. D. h. t. (9. 2.)

b. Wenn die Hansa, anstatt im freien Wasser liegen zu bleiben, dicht an den Helgen des Klägers gelegt, eine Brücke von da auf den klägerischen Bauplatz angebracht, und dieser zur fortwährenden Passage der Arbeitsleute nach den Schiffe
pag. 7. hin benutzt wurde, so sind dies lauter positive Handlungen, welche den Schaden verursacht haben sollen, und zwar widerrechtliche, weil sie in einer eigenmächtigen Verwendung von Theilen des klägerischen Grundstücks bestanden, also einen Eingriff in die Eigenthumsrechte des Klägers enthielten. Die

Digitized by Google

Widerrechtlichkeit würde nur dann eine zweifelhafte bleiben, wenn der Kläger zu der ganzen Veranstaltung still geschwiegen hätte, weil der Schaden, den der Kläger jetzt geltend macht, nicht durch das erste Anlegen des Schiffes, Auflegen der Brücke und einmalige Betretung des Bauplatzes, sondern nur durch eine längere Dauer dieses Zustandes und fortgesetzte Benutzung der angemaßten Passage herbeigeführt werden konnte, in dem wissentlichen Dulden dieser Benutzungsweise aber mit Grund pag. 8.
eine Zustimmung des Klägers zu finden sein würde. Nun behauptet aber der Kläger ausdrücklich, er habe wiederholt vergeblich dazu aufgefordert, die Hansa wegzunehmen und ihn in seinem Geschäft nicht zu stören, und sei er mit den Worten beruhigt worden, er könne Entschädigung verlangen. Sind solche wiederholte Aufforderungen wirklich ergangen, so ist damit constatirt, daß der Kläger sich die angemaßte Benutzung seines Eigenthums nicht oder doch nicht ohne Entschädigung gefallen lassen wolle, die Benutzung also eine widerrechtliche war.

c. Daß die Marineverwaltung und folgeweise der jetzige Beklagte für den Eingriff in das Eigenthum des Klägers verantwortlich sein würden, folgt daraus, daß die Vornahme einer längere Zeit dauernden Ausbesserung des Schiffes, gerade an der fraglichen Stelle und mit den dazu getroffenen Anstalten, pag. 9.
nur auf Anordnung der zuständigen Vorgesetzten vor sich gehen konnte, wie denn auch nach Ausweis von [25] die Marineverwaltung den jetzt in Rede stehenden Anspruch nicht etwa deshalb, weil die Mitbenutzung des klägerischen Bauplatzes von ihr nicht genehmigt worden sei, sondern lediglich wegen mangelnder näherer Begründung des angeblich erlittenen Schadens einstweilen zurückgewiesen, und einzelne andere Rechnungsposten, welche sich auf eine Mitbenutzung und die überlegte Brücke bezogen, durch Zahlung anerkannt hat. Es bedarf daher nicht erst noch des Beweises der vom Kläger aufgestellten Behauptung, daß die ganze Veranstaltung mit Vorwissen und Genehmigung der competenten Vorgesetzten getroffen worden sei.

d, Ein Zweifel konnte hiernach nur daraus entstehen, daß pag. 10.
der Kläger nicht etwa eine seinem Grundstück zugefügte Ver-

Digitized by Google

letzung oder Verschlechterung, sondern nur eine Verhinderung an der eigenen Benutzung desselben geltend macht, also kein damnum corpori datum in Frage steht. Da jedoch die actio legis Aquiliae sich nicht auf einen durch Veränderung an der Substanz einer Sache (Vernichtung, Verletzung) gestifteten Schaden beschränkt, sondern als in factum actio auch in solchen Fällen Anwendung findet, wo eine Sache auf sonstige Weise unbrauchbar gemacht oder der Verfügung des Eigenthümers entzogen wird,

§. ult. J. h. t. (4. 3.)
l. 27. § 20. 21, D. h. t. (9. 2.)
l. 7. § 7. D. de dolo (4. 3.)
l. 55. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.)

so kann es nicht als eine ungerechfertigte Ausdehnung angesehen werden, wenn man die Klage auch da gestattet, wo der
pag. 11. Eigenthümer nur vorübergehend der Möglichkeit, seine Sache zu benutzen, beraubt wird und somit statt eines totalen einen partiellen Verlust der bemerkten Art erleidet.

vergl. l. 11. D. praesr. verb. (19. 5.)

War dem Bisherigen zufolge dem Kläger ein auf widerrechtliche Schadensstiftung gerichteter Beweis alternativ nachzulassen, so empfahl es sich, den objectiven Hergang der Schadensstiftung an die Spitze der Beweisauflage zu stellen und in der aus dem decisum ersichtlichen Weise näher zu specialisiren.

II. Mittelst der zweiten Beschwerde verlangt der Kläger zum decisum 2. g. des Obergerichtserkenntnisses vom 3. September 1860 — Posten 10 in [30] betreffend — alternativ die Nachlassung des weiteren Beweises,

daß ihm durch culpose Handlungen der Mannschaft der Hansa resp. durch auf Grund eines culposen Befehls des Admirals Brommy vorgenommene Handlungen der behauptete Schaden verursacht sei,
pag. 12.

In völlig abweichender Fassung ging die auf diesen Posten bezügliche Beschwerde voriger Instanz (grav. 3) dahin, daß der fragliche Schadensanspruch von dem Beweise des von Admiral

Digitized by Google

Brommy ertheilten Versprechens abhängig gemacht und nicht vielmehr der Beweis lediglich darauf gerichtet sei, daß „die Hansa den Schaden verursacht habe," eventuell, daß auf Grund einer Anfrage und hierauf ertheilter Erlaubniß des Klägers die Hansa an das Grundstück des Klägers befestigt und hierdurch der Schaden verursacht sei.

Bei dieser Verschiedenheit erscheint es sehr zweifelhaft, ob die jetzige Beschwerde ihrem Inhalt nach in grav. 5 voriger Instanz als mitbegriffen erachtet werden kann, also formell statthaft ist. Wollte man dies aber auch annehmen, so stellt pag. 13
sie sich jedenfalls in ihrer gegenwärtigen Fassung als unbegründet dar. Denn das Obergericht hat den vom Kläger, in erster Instanz principaliter geltend gemachten Gesichtspunkt, der fragliche zu 1494 Rthlr. berechnete Schaden sei durch die Art der Anlegung der Hansa an seinem Grundstücke verursacht worden, und diese Anlegung beruhe auf einer culpa der Mannschaft oder ihrer Vorgesetzten, deshalb verworfen, weil der Kläger selbst angegeben habe, daß die Befestigung der Hansa mit seiner Einwilligung geschehen sei. Wenn nun dem gegenüber der Kläger zu dem Beweise zugelassen zu werden verlangt, daß der behauptete Schaden durch „culpose Handlungen" der Mannschaft, oder auf Grund eines culposen Befehls des Admirals vorgenommene „Handlungen" verursacht sei, so kann dies schon an sich nicht dahin verstanden werden, daß die Anlegung und Befestigung des Schiffes selbst eine culpose Handlung gewesen sei, sondern nur dahin, daß, unge- pag 14.
achtet der im Allgemeinen zur Anlegung der Hansa ertheilten Einwilligung des Klägers, in der Art, wie die Befestigung des Schiffs ausgeführt worden, oder in den auf die fortdauernde Lage desselben vor dem Grundstücke des Klägers bezüglichen, Anordnungen regelwidrig und unvorsichtig verfahren worden und eben darin die Ursache des Schadens zu finden sei. Und diese Auffassung wird dadurch völlig außer Zweifel gestellt, daß der Kläger in seiner den jetzigen Beschwerden beigefügten Bemerkung (pag. 5 des Appell. Libells) ausdrücklich hervorhebt, die in den Entscheidungsgründen des Obergerichts angenommene

Digitized by Google

Einwilligung zur Befestigung der Hansa schließe nicht aus, daß trotzdem Handlungen von Admiral Brommy oder der Mannschaft vorgekommen seien, die einen lediglich auf culpa gestützten
pag. 15. Schadensanspruch zuließen. Geht aber der verlangte Beweis lediglich auf besondere, von der Anlegung des Schiffes selbst zu unterscheidende culpose Handlungen, so ist es klar, daß es für einen solchen Beweis an jeder substantiirten Behauptung fehlt, in dem der Kläger nirgends eine Handlung der Schiffsmannschaft oder ihrer Vorgesetzten angeführt hat, welche hinsichtlich der ersten Befestigung des Schiffes oder der ferneren Beibehaltung seiner Lage als eine ungehörige und ordnungswidrige erkannt werden müßte.

III. Die dritte Beschwerde, daß nicht jedenfalls der Sachlage nach anders, als geschehen, auf Beweis erkannt worden, konnte schon ihrer Allgemeinheit wegen keine selbstständige Berücksichtigung finden.

IV. Die vierte Beschwerde bezieht sich auf den Kostenpunkt. Sie erscheint rücksichtlich der Kosten erster Instanz unbe-
pag. 16. gründet, da die theilweise Verurtheilung des Klägers in dieselben aus den vom Obergericht in [38] pag. 26 angeführten Gründen sich völlig rechtfertigte. Dagegen waren die in voriger Instanz durch die klägerische Revision veranlaßten Kosten, in Folge der theilweisen reformatoria in der Hauptsache, zur Hälfte zu compensiren.

Aus gleichem Grunde mußten auch die Kosten gegenwärtiger Instanz zur Hälfte compensirt werden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil*).

In Appellations-Sachen Andreas Reiner van Limbeek, vertreten durch seine Vormünder Friedrich August Schilling und Martin Ferdinand Hermann Gelbrecht, Beneficial-Erbens von Jacob van Limbeek, zu Bremerhaven, Liquidatens jetzt Appellantens, wider Wilhelm Andreas Ziegfeld daselbst, Liquidanten, jetzt Appellaten, Separations- und Masse-Forderungen betreffend, wird die von dem abgetretenen Procurator des Appellaten übergebene Legitimations-Anzeige dem Appellanten abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

das die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 29. März 1858 aufzuheben und das Decisum unter A. des Erkenntnisses der Commission des Obergerichts vom 9. Juli 1857, soweit es den Appellaten betrifft, unter Vergleichung der Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz, wieder herzustellen sei,

*) Diese zum Jahrgange 1859 gehörende Entscheidung, welche dort nicht mit gedruckt ist, wird nachträglich dem Jahrgange 1863 hinzugefügt.

Digitized by Google

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an die Commission des Obergerichts zurückverwiesen.

Uebrigens soll, bei inzwischen eingetretenem Tode des appellantischen Procurators, das Obergericht um Insinuation dieses Urtheils an den Appellanten und Einziehung des denselben treffenden Theiles der Kosten ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 22. Decbr. 1859.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Das thatsächliche Verhältniß, um dessen Beurtheilung es sich handelt, ist Folgendes.

Der Zimmermeister van Limbeek zu Bremerhaven hat sich am 12. Januar 1855 für insolvent erklärt, und es ist gerichtsseitig ein Debit- und Moratorial-Verfahren gegen denselben eingeleitet worden. Zu Anfang dieses Verfahrens hat die Gläubigerschaft die begonnenen Bauunternehmungen des Falliten für ihre Rechnung durch diesen fortführen lassen, und ihm nebst seiner Familie Alimente verabreicht. Am 11. November obgedachten Jahres aber ist dem van Limbeek die Führung seines Geschäfts für eigene Rechnung gestattet, und daß dies geschehen öffentlich bekannt gemacht worden. Die Alimentation hat seitdem aufgehört. Van Limbeek hat dann auch den

Digitized by Google

Geschäftsbetrieb fortgesetzt und ist am 3. September 1856 mit Hinterlassung neu erworbener Activen und neu contrahirter pag. 3.
Schulden gestorben. Seine Erbschaft ist unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, und es hat in dem hierauf eröffneten Beneficial-Nachlaß-Verfahren der damalige Appellat Ziegfeld eine nach dem 11. November 1855 aus Darlehn und anderen mit van Limbeek geschlossenen Rechtsgeschäften entstandene Forderung im Gesammtbetrage von 1497 ℔ 46 ℋ mit dem Verlangen angemeldet, daß er nebst andern in ähnlicher Lage befindlichen Gläubigern, aus den vorerwähnten von van Limbeek hinterlassenen Activen vor den im Debit- und Moratorial-Verfahren aufgetretenen Gläubigern befriedigt werde.

Es muß nun

1) dem Obergerichte darin beigetreten werden, daß dieses pag. 4.
Verlangen in den Gesetzen unmittelbar und abgesehen von einem in dem Beschlusse vom 11. November 1855 etwa zu findenden Consense resp. Verzichte der älteren Gläubiger keine Begründung findet. Der fragliche Activ-Bestand erscheint nach Lage der Sache allerdings als ein vom Falliten während des Debitverfahrens durch persönliche Thätigkeit gemachter Erwerb, der nach § 53 der Verordnung für Debit- und Nachlaß-Sachen weder an sich zu der in Folge der Insolvenz-Erklärung vom 12. Januar 1855 gebildeten Debitmasse gehörte, noch auch in Gemäßheit der daselbst der Gläubigerschaft eingeräumten Befugniß unter Uebernahme der Alimentation zu dieser Masse gezogen worden ist. Es kann daher auch nicht bezweifelt werden, daß die späteren Gläubiger aus diesem Activum ihre Befriedi- pag. 5.
gung zu suchen berechtigt sind, und die Frage ist nur die, ob die alten Gläubiger von demselben ausgeschlossen sind, oder doch jenen nachstehen müssen.

A. Legt man bei Beurtheilung dieser Frage diejenigen Rechtsregeln zu Grunde, welche von dem nach dem Concurse abseiten des Gemeinschuldners erworbenen Vermögen gelten und im Allgemeinen auch auf das während des Concurses erworbene Vermögen, in sofern dieses ausnahmsweise nicht zur Masse gehört, anwendbar sind,

Digitized by Google

Gönner Handbuch, 4. Band No. LXXXII. § 32.
sub. d. (p. 586).
cf. Schweppe, System des Concurses § 35 u. 37.

so führt dies zu keinem den Ansprüchen der neuen Gläubiger
pag. 6. günstigen Resultate.

1) Nach gemeinem Rechte unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gläubiger, die an dem Concursverfahren Antheil genommen, soweit sie hier ihre Befriedigung nicht gefunden, sich ihrer Forderungen wegen an dies neu erworbene Vermögen des Schuldners halten können.

L. 1. C qui cedere possunt (7. 71.)

Daß sie hierbei denjenigen Gläubigern, deren Forderungen erst nach Eröffnung des Concurses entstanden, nachstehen, findet sich nirgends bestimmt, und läßt sich auch

a. nicht daraus folgern, daß die Verfolgung ihres Rechtes gegen den Schuldner dadurch bedingt ist, daß dieser Vermögensobjecte von einiger Bedeutung erworben hat,

L. 6. 7. D. de cess. bon. (42. 3)

pag. 7. sie ihm auch den nöthigen Unterhalt lassen müssen.

§ 40. J de actionib. (4. 6.)
L. 4. D. de cess. bon.

Denn diese Bestimmungen involviren nur ein höchst persönliches Recht des Schuldners, welcher von der Rechtswohlthat der Güterabtretung Gebrauch gemacht hat, und können folgeweise für dessen Gläubiger oder eine bestimmte Categorie derselben, vollends nach dem Tode des Schuldners, Befugnisse nicht begründen. Eben so wenig können sich die späteren Gläubiger

b. darauf berufen, daß sie es seien, die das neue Activum durch ihr Creditgeben gebildet haben. Denn geht man auch von dieser Voraussetzung aus, die übrigens keineswegs überall zutrifft, sondern für jeden einzelnen Fall einer besonderen Begründung und Nachweisung bedürfen würde, so folgt daraus
pag. 8. doch noch keineswegs ohne Weiteres, daß die alten Gläubiger in Betreff ihrer Befriedigung aus jenem Activum den neuen Gläubigern nachstehen müssen. Dies würde vielmehr immer nur dann und insoweit der Fall sein, als die letzteren auf eine

Digitized by Google

ihnen zustehende dingliche Befugniß oder ein in den Gesetzen besonders anerkanntes Separationsrecht, oder endlich auf ein privilegium exigendi sich berufen könnten. Keiner dieser Rechtsgründe aber steht dem Appellaten zur Seite.

2) Zu keinem günstigeren Ergebnisse führt das Bremische Recht. Nach § 244 der Verordnung für Debit- und Nachlaß-Sachen bleiben den Gläubigern, die an dem Debit-Verfahren Antheil genommen haben, soweit ihre Ansprüche nicht durch Zahlung oder Accord erloschen sind, ihre vollen Rechte gegen den Schuldner vorbehalten. Daß dieser Vorbehalt vor allen pag. 9.
Dingen die Befugniß in sich begreift, auf Grund ihrer in voller Kraft fortbestehenden Forderungsrechte Befriedigung aus dem vom Falliten neu erworbenen Vermögen zu suchen, versteht sich von selbst und ergiebt sich überdies aufs Klarste aus den in § 245 flg. beigefügten beschränkenden Bestimmungen. Nach diesen ist das Verfolgungsrecht der alten Gläubiger — abgesehen von dem vorliegend überall nicht einschlagenden § 248 — bis zum Ablaufe von drei Jahren nach aufgehobenem Debitverfahren durch die Nachweisung bedingt, daß der Schuldner in eine bessere Vermögenslage gekommen. Eine bessere Vermögenslage wird aber nach § 246 dann als vorhanden angenommen, wenn dem Schuldner, nach Abzug der Kosten standesmäßiger Alimentation, Gegenstände übrig bleiben, pag. 10.
wodurch der Anspruch mindestens theilweise befriedigt werden kann, ohne daß hier auf einen vorgängigen Abzug auch der neuen Schulden irgend hingedeutet ist. Es würden daher selbst im Laufe jener drei Jahre die neuen Gläubiger vor den alten nur den factischen Vorzug genießen, der darin liegt, daß ihr Recht auf Befriedigung den fraglichen Beschränkungen nicht unterworfen ist. Nach Ablauf von drei Jahren fallen diese Beschränkungen auch für die alten Gläubiger hinweg, und es steht dann ihrer freien Concurrenz mit den neuen Gläubigern keinerlei Hinderniß mehr im Wege. Ebenso wie nach Ablauf von drei Jahren stellt sich aber nach § 249 c. die Sache dann, wenn ein neues Debitverfahren des Schuldners oder gegen dessen Erben anhängig wird, und dieser Fall liegt gegenwärtig

Digitized by Google

pag. 11. vor. Denn die Erbschaft des van Limbeck ist unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, und dadurch ein Verfahren veranlaßt worden, welches nach § 301 der allegirten Verordnung den rechtlichen Character des Concursverfahrens hat und dessen Gegenstand nach § 296 vergl. mit § 300. 301, ibid. das ganze von van Limbeck hinterlassene Vermögen, also insbesondere auch jener neue Erwerb bildet, der überdies, wie auch der Appellat in gegenwärtiger Instanz

Ober App. Ger. Acten [11] p. 7. in f. 8.

anerkennt, nicht einmal zur Befriedigung der neuen Gläubiger hinreicht, und deshalb schon durch die bloße Concurrenz dieser letzteren zum Gegenstande eines Debitverfahrens gemacht worden sein würde. Es liegt also ein Fall vor, wo, nach der
pag. 12. speciellen Bestimmung des Bremischen Gesetzes, die alten Gläubiger mit ihren vollen Rechten zur Theilnahme an dem neuen Erwerbe zugelassen werden müssen.

Demnach kommt es

B. darauf an, ob nach den besonderen Bestimmungen des Bremischen Rechtes von dem während des Debitsverfahrens durch persönliche Thätigkeit des Falliten gemachten Erwerbe ein anderes, den neuen Gläubigern günstigeres Recht gelte, als von dem nach Beendigung jenes Verfahrens erworbenen Vermögen. Dies ist aber ebenfalls nicht anzunehmen. Allerdings würde, wenn

1. die im Debitverfahren aufgetretene Gläubigerschaft von dem im § 53 der mehr allegirten Verordnung ihr eingeräumten Rechte, den neuen Erwerb gegen Uebernahme der Alimentation
pag. 13. des Gemeinschuldners zur Masse zu ziehen, hätten Gebrauch machen wollen, die Frage sich erhoben haben, ob dies hinsichtlich der unter onerosem Titel erworbenen Activen anders geschehen könne, als gegen Uebernahme der jenen Activen correspondirenden Schulden als Massenschulden. Es bedarf jedoch eines näheren Eingehens auf diese mit einer bekannten Controverse des gemeinen Rechts in Zusammenhang stehende Frage:

cf. Dabelow, Concurs p. 537 flg.
Gönner a. a. O. § 11. in f.

Digitized by Google

Schweppe a. a. O.
Heffter, System des Civil. Proz. § 540.
Juriſt. Zeitſchrift für das Königr. Hannover,
11. Jahrgang p. 179 flg.
Seuffert Archiv VI. No. 112. 118. IX. No. 238.
XI. Nr. 322.

ſo wenig als einer Unterſuchung, ob und wie weit in concreto pag 14.
jene Vorausſetzung zutrifft, die vom Appellanten angemeldeten Forderungen alſo den rechtlichen Character einer gegen Erwerb der fraglichen Activen dem Falliten obliegenden Gegenleiſtung an ſich tragen. Denn es handelt ſich

2) im vorliegenden Falle nicht um Heranziehung des fraglichen Erwerbs zu der in Folge der Inſolvenzerklärung des van Limbeek gebildeten Debitmaſſe, auf welche die in dem Moratorial- und Debit-Verfahren aufgetretenen Gläubiger ein ausſchließliches Recht haben.

Verordnung für Debit- und Nachlaß-Sachen § 85. 88.

Die Sachlage iſt vielmehr die, daß van Limbeek zu jener Maſſe nicht gehörige Vermögensobjecte hinterlaſſen hat, welche erſt in Folge der Antretung ſeiner Erbſchaft unter der Rechts- pag. 15.
wohlthat des Inventars Gegenſtand eines concursmäßigen Verfahrens geworden ſind, und fragt es ſich allein, welche Gläubiger an dieſen Objecten zu partipiciren und ob die ſpäteren ein Ausſchließungs- oder Vorzugsrecht gegen die älteren in Anſpruch zu nehmen haben. Dieſe Frage hinſichtlich des während des Debitverfahrens vom Cridar erworbenen, nicht zur Debitmaſſe gezogenen Vermögens anders zu beantworten, als dies — nach den Erörterungen unter A. — hinſichtlich des nach beendigtem Debitverfahren erworbenen Vermögens geſchehen müßte, liegt aber kein Grund vor.

Die §§ 53, 91 und 92 der mehr allegirten Verordnung betreffen nur das Verhältniß der Gläubiger zum Schuldner pag. 16.
perſönlich, nicht das Verhältniß zwiſchen Gläubigern und Gläubigern. Sie erleiden alſo keine Anwendung, wenn das von der Debitmaſſe zum Vortheile des Falliten ausgenommene Vermögen, vollends nach deſſen Tode, Gegenſtand eines neuen Debitverfahrens wird.

Digitized by Google

Ein Separations- oder Vorzugsrecht derjenigen Gläubiger, die erst nach Eröffnung des Debitverfahrens mit dem Cridar contrahirt haben, vor den älteren, läßt sich aus jenen §§ um so weniger ableiten, als die nach Bremischem Rechte anzuerkennenden Separations- und Vorzugsrechte in der Erbe- und Handfesten-Ordnung § 144 und § 146 flg. speciell und in einer Weise sich aufgeführt finden, daß es klar ist, andere als
pag. 17. die hier verzeichneten, sollen nicht zugelassen werden. Allerdings ist die Verordnung für Debit- und Nachlaß-Sachen jünger, als das oben erwähnte Gesetz, und es wäre an sich wohl denkbar, daß sie ein neues derartiges Gesetz eingeführt hätte. Allein jenen bestimmt abgränzenden Vorschriften des älteren Rechts gegenüber mußte es im höchsten Grade bedenklich erscheinen, eine solche Neuerung aus §§ abzuleiten, welche weder ausdrücklich von den Befugnissen der neuen Gläubiger gegenüber den alten handeln, noch nach dem ganzen Zusammenhange, in dem sie stehen, für bestimmt erachtet werden können, hierüber eine Verfügung zu treffen.

II. Der Ansicht des Obergerichts, daß das von dem Appellaten in Anspruch genommene Absonderungs- resp. Vorzugsrecht deßhalb für begründet zu erachten, weil die Intention bei dem Beschlusse der Gläubigerschaft des Debit- und
pag. 18. Moratorial-Verfahrens vom 11. November 1855 dahin gegangen sei, nicht nur dem Falliten selbst, sondern auch den in Folge dieses Beschlusses entstehenden Forderungen an den Falliten das neu entstandene Activum zu überlassen, kann dagegen nicht beigetreten werden. Es darf

A. dahingestellt bleiben, ob durch einen Beschluß des hier unterstellten Inhalts, wenn er im Termine des 11. November 1855 wirklich gefaßt worden wäre, andere als diejenigen Gläubiger, welche speciell zu demselben consentirt haben, gebunden sein würden, wogegen nicht unerhebliche Bedenken sich geltend machen lassen; denn es kann

2) in Anbetracht der gesammten damaligen Sachlage jenem
pag. 19. Beschlusse und der von den Gläubigern bewilligten Veröffent-

Digitized by Google

lichung desſelben die vom Obergerichte darin gefundene Bedeutung überhaupt nicht beigelegt werden.

Auf den Antrag des proviſoriſchen Güterspflegers und mit Zuſtimmung der erſchienenen Gläubiger waren durch Commiſſions-Decret vom 25. Januar 1855 die Deputirten ermächtigt, das Geſchäft des van Limbeek unter ihrer Aufſicht durch den Debitor fortbetreiben zu laſſen. Es war alſo von der im zweiten Satze des § 53 der Verordnung für Debit- und Nachlaßſachen den Gläubigern eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht worden. Als Hauptzweck dieſer Maaßregel war von vorne herein die Vollendung der bereits begonnenen reſp. übernommenen Bauten auf Koſten und zum Beſten der Maſſe bezeichnet,

cit. Act. [13] p. 15 flg.

und nur in dieſer Richtung haben die Deputirten die ihnen pag. 20.
eingeräumte Befugniß exercirt.

ibid. [35] p. 4. in fin. flg. bef. p. 6. [38] p. 2 flg. [51]

Nachdem die gedachten Bauten im Weſentlichen vollendet waren, erklärten im vierten Berichte die Deputirten ſich dafür, den geringen Reſt der Arbeiten zu verdingen, und bemerkten dann: da mit dieſer Ausverdingung das Geſchäft für Rechnung der Maſſe ein Ende erreiche, ſo könne van Limbeek nunmehr für eigene Rechnung arbeiten; deſſen Wunſch hierzu, und namentlich zu einer desfallſigen Annonce ſpeciell ermächtigt zu werden, ſei unbedenklich zu gewähren, da dieſe Arbeiten die Maſſe überall nicht berührten." Sie beantragten demgemäß: „die Fortſetzung pag. 21.
des Geſchäfts für eigene Rechnung dem Debitor ſpeciell zu geſtatten und ihn zu ermächtigen, eine desfallſige Bekanntmachung zu erlaſſen."

ibid. [51] p. 5. 6.

Im Termine vom 1. November 1855 erklärten ſich die erſchienenen Gläubiger den Deputirten zuſtimmig und der Commiſſar verfügte hierauf:

> „Autorisatio des Debitors zur Fortſetzung des Geſchäftes für ſeine eigene Rechnung vom heutigen Tage an und ſind die Deputirten ermächtigt, dieſe Verfü-

Digitized by Google

gung in den genannten Blättern (Bremer und Bremerhavner Nachrichten) bekannt zu machen."

Sieht man nun

a. von der beliebten öffentlichen Bekanntmachung ab, so
pag. 22. liegt in dem ganzen Hergange durchaus nichts, was auf die Absicht hinwiese, den in Folge dieses Beschlusses etwa neu entstehenden Forderungen gegen den Falliten ein Vorzugsrecht in Betreff der Befriedigung aus dem neuen Erwerbe einzuräumen. Die Deputirten, denen die Gläubiger später einfach beigetreten sind, erkennen es als etwas Selbstverständliches an, daß mit dem Momente, wo die Masse aufhöre, das Geschäft für ihre Rechnung zu betreiben, van Limbeek wieder für eigene Rechnung arbeiten könne, und diese Arbeiten die Masse nicht berühren, — ein Anerkenntniß, welches mit der Regel des § 53 cit. ganz in Uebereinstimmung steht — und wenn sie beantragen, den Debitor zur Fortsetzung des Geschäfts speciell zu ermächtigen, so geschieht dies nur in Folge jenes ihres An-
pag. 23. erkenntnisses einer schon durch das Gesetz begründeten Befugniß und Nichts weist darauf hin, daß ihm oder gar seinen zukünftigen Gläubigern, deren mit keinem Worte gedacht wird, weitergehende Vorrechte eingeräumt werden sollten. Jene gesetzliche Befugniß des Schuldners brachte es nun allerdings ohne Weiteres mit sich, daß derselbe über den neuen Erwerb frei verfügen, daß er ihn also namentlich zur Befriedigung neu contrahirter Schulden beliebig verwenden, auch seinen neuen Gläubigern Vorzugsrechte jeder Art daran einräumen konnte. Allein wenn und soweit er dies nicht gethan, blieb es bei der gesetzlichen Regel, wonach, wenn auch dieser neue Erwerb
pag. 24. Gegenstand eines concursmäßigen Verfahrens wird, die alten Gläubiger mit den neuen in Betreff desselben concurriren.

b. Das Obergericht legt denn auch nur auf die mit Einwilligung der Gläubigerschaft erfolgte öffentliche Bekanntmachung der betreffenden commissarischen Verfügung das entscheidende Gewicht, deren Zweck, der Natur der Sache nach, nur der gewesen sein könne, das Publicum zu benachrichtigen, „daß es mit dem Cridar unbedenklich contrahiren, sich auch

Digitized by Google

wegen seiner neu entstehenden Forderungen an dasjenige halten könne, was van Limbeck durch Fortsetzung des Geschäfts für eigene Rechnung erwerbe. Allein so richtig es ohne Zweifel ist, daß, wenn der fraglichen Bekanntmachung vernünftigerweise kein anderer, als der eben hervorgehobene Zweck unterlegt werden könnte, die Gläubiger, welche in dieselbe eingewilligt, nicht ohne sich eines dolus schuldig zu machen, jenem Zwecke pag. 25.
zuwider handeln dürften, so kann doch jene Voraussetzung selbst für zutreffend nicht erachtet werden. Die fragliche Bekanntmachung findet vielmehr darin ihre ausreichende Erklärung, daß diejenigen Personen die mit van Limbeek in Beziehung auf seinen Geschäftsbetrieb zu contrahiren beabsichtigten, wissen mußten, sie würden durch ihr Contrahiren nicht mehr, wie bisher, die Masse, sondern van Limbeek persönlich zum Schuldner resp. Gläubiger erhalten. Dieselbe trägt somit, wenn nicht gerade den Character einer Warnung, doch jedenfalls nur den einer einfachen durch die Sachlage gebotenen Notification an sich, und bei einer solchen lag überall keine Pflicht der consentirenden Gläubiger vor, ihre gesetzlichen Rechte sich ausdrücklich zu reserviren, oder das Publicum auf die Gefahren des Con- pag. 26.
trahirens mit einem Falliten besonders aufmerksam zu machen.

3) Das Obergericht hat, als seine Ansicht unterstützend, noch auf die Terminsverhandlung vom 18. October 1856 in Betreff der Uebertragung des von van Limbeek contrahirten Baues der Predigerwohnung zu Bremerhaven auf die Bauunternehmer Suhr und Möbius Bezug genommen. Es kann jedoch das, was in Betreff dieses Baues und der für denselben contrahirten Schulden speciell vereinbart worden ist, auf die vorliegend zu beantwortende Frage aus dem doppelten Grunde keinen Einfluß üben, weil auf diesen Punkt in den Partei-Verhandlungen erster und zweiter Instanz überall nicht hingewiesen worden, und weil was in einem einzelnen Falle aus Gründen der Zweck- pag. 27.
mäßigkeit und Billigkeit besonders festgesetzt worden ist, für die rechtlichen Beziehungen, in welchen die verschiedenen Gläubiger an und für sich stehen, in keiner Weise maaßgebend sein kann.

Digitized by Google

III. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß das Verlangen Ziegfeld's und der in gleicher Lage mit ihm befindlichen Gläubiger, aus dem neuen Erwerbe vorzugsweise befriedigt zu werden, so wenig aus einem ihnen vermöge Gesetzes zustehenden Separations- oder Vorzugsrechte, als aus dem vom Obergerichte adoptirten Gesichtspunkte der besonderen Einräumung eines solchen Rechtes von Seiten der Gläubigerschaft der van
pag. 28. Limbeek'schen Debitmasse gerechtfertigt ist. Daß endlich die gedachten Gläubiger keine Massegläubiger im eigentlichen Sinne des Wortes sind, bedarf keiner Ausführung. Hiernach mußte, unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses, die pos. A. des Commissions-Urtheils vom 9. Juli 1857 wiederhergestellt werden. Den betreffenden Gläubigern ist dadurch die rechtliche Möglichkeit, ihre Befriedigung aus dem neuen Erwerb als einfache Chirographarien neben den alten Gläubigern zu suchen, nicht abgeschnitten. Ein Erkenntniß hierüber war indeß, da in Betreff der chirographarischen Forderungen durch pos. B. V. des Commissions-Urtheils das Verfahren einstweilen eingestellt worden ist, zur Zeit nicht zu ertheilen.

IV. Die Kosten erster Instanz stehen nach Maaßgabe des Decisum unter A. des Commissions-Erkenntnisses, dessen Wie-
pag. 29. derherstellung der Appellant verlangt, nicht in Frage. Die Kosten der beiden höheren Instanzen waren zu vergleichen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hermann Wätjen zu Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Wilhelm Poppe daselbst, Klägern, jetzt Appellaten, den Verkauf eines Immobile betreffend, wird den Parteien der am 31. December 1863 erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

> daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 28. September 1863, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei.

Und wie nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen wird, so soll dasselbe auch ersucht werden, dieses Erkenntniß dem Kläger insinuiren zu lassen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. Januar 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die erste und zweite Beschwerde des Beklagten, daß er
pag. 2. unter Verweisung der von ihm wegen der dem Erbe Marienstraße Nr. 1 zustehenden Servitut zu erhebenden Ansprüche zum besonderen Verfahren — für schuldig erklärt worden sei, dem Kläger den Kaufpreis der vier von diesem erkauften Erben, Marienstraße Nr. 2. 4. 5 und 6, mit 14,000 ℳ sammt Zinsen und Kosten zu zahlen, während der Kläger mit der darauf gerichteten Klage gänzlich, eventualiter angebrachtermaaßen hätte abgewiesen werden müssen, waren für grundlos zu achten.

Die für die Beurtheilung dieser Beschwerde in Betracht kommenden factischen Umstände sind unbestritten. Der Beklagte hat die vier in Rede stehenden Erben vom Kläger — und zwar, worauf es übrigens hier nicht ankommt, in einem Gesammthandel für den vorhin genannten, in einer ein-
pag. 3. zigen Summe bestimmten Kaufpreis — gekauft; die Abkündigung zum Zweck der auf Freimarkt-Fahrzeit 1861 vorzunehmenden Lassung ist in gehöriger Weise geschehen, und es hat nur von dem Beklagten abgehangen, die Lassung selbst schon damals Statt finden zu lassen; auch die Lieferung der Erben ist, und zwar schon vor der so eben angegebenen Zeit, zur Ausführung gebracht, indem der Beklagte nicht geläugnet hat, daß er damals in den Besitz derselben gesetzt worden sei, wie denn auch von dem Umstande der geschehenen Lieferung die beklagtischen Dispositionen zeugen, welche an den vier Erben, durch Veränderung eines Theiles ihrer Grenzen, durch neue bauliche Einrichtungen und durch Vermiethung für des Beklagten Rechnung, vorgenommen worden sind.

Wenn gleichwohl der Beklagte sich weigert, die Lieferung
pag. 4. als geschehen gelten zu lassen und folgeweise unter seinseitiger Beantragung der Lassung den Kaufpreis zu zahlen, so beruhet

Digitized by Google

dies darauf, daß er die Vollständigkeit der Lieferung in Abrede stellt, insofern nämlich das eine der verkauften Erben, dasjenige Marienstraße Nr. 2, mit einer Servitut zu Gunsten des Nachbargrundstückes daselbst Nr. 1 belastet sei — der Servitut, diesem gewisse dort befindliche Luft- und Lichtfenster nicht zubauen oder blenden zu dürfen — während doch ihm, dem Beklagten — Freiheit des Grundstückes Nr. 2, von einer derartigen Dienstbarkeit im Kaufcontracte ausdrücklich zugesichert worden sei. Mit dem Bestehen jener Servitut hat es denn auch, wie nicht minder mit der contractlichen Zusage der Freiheit, seine Richtigkeit, so daß — abgesehen von den Einwendungen, durch welche der Kläger die vorgedachte Zusage als für ihn unverbindlich darstellen zu können glaubt — Nichtvollständigkeit, oder richtiger Mangelhaftigkeit der Lieferung anzunehmen und jedenfalls gegenwärtig bei der Beurtheilung der beklagtischen pag. 5.
Beschwerden zu Grunde zu legen ist, da, wie schon oben bemerkt worden, die vorigen Richter, ohne daß der Kläger sich darüber beschwert hat, die Verhandlung über jenen Streitpunkt zum besonderen Verfahren verwiesen haben.

Die Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Lieferung konnte nun aber, wie mit den vorigen Richtern nach Maaßgabe derjenigen Principien anzunehmen ist, welche bei der von den Parteien und in den angefochtenen Entscheidungen angezogenen Sache Hartmann Wittwe gegen Precht im Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts vom 10. April 1856 zu Grunde gelegt worden sind,

Bremische Sammlungen der Ober-App.-Ger.-Erkenntnisse Bd. 3 Seite 482 flg.

keine weiter reichende Berechtigung des Beklagten, dem vom Kläger auf Zahlung des Kaufpreises erhobenen Anspruche gegen- pag. 6.
über, begründen, als entweder Redhibition der gekauften Grundstücke oder Kürzung eines solchen Theils des Kaufpreises zu verlangen, um welchen der Werth der Grundstücke durch das Vorhandensein der Dienstbarkeit im Vergleich mit dem Zustande der Freiheit gemindert erscheine. Der Beklagte hat aber wiederholt in dem vorliegenden Prozesse (am Bestimmtesten in der

Digitized by Google

Duplik Obergerichts Acten (9) pag. 12.) erklärt, er wolle weder redhibiren, noch auch Preisminderung eintreten lassen, vielmehr, statt auf das Eine oder Andere anzutragen, Beseitigung der Dienstbarkeit verlangen und bis diese erfolgt sein werde, den gesammten Kaufpreis an sich halten. Diesem Verlangen konnte nach den in Bezug genommenen Grundsätzen nicht entsprochen, sondern die Klage auf den Kaufpreis mußte unter den oben
pag. 7. angegebenen Umständen als begründet angesehen und von einem, sei es definitiv, sei es provisorisch bis zur ausgemachten Sache, in Abzug zu bringenden Minderwerthbelauf deshalb abgesehen werden, weil der Beklagte es an der Angabe und näheren Substanziirung einer abzuziehenden Summe hat fehlen lassen.

Der Beklagte hat indessen einige besondere Momente für sich geltend gemacht, welche die Anwendung der im Allgemeinen gültigen, freilich von ihm nicht anerkannten, Grundsätze nach seiner Ansicht jedenfalls ausschließen müßten. Diese sind a., daß er, Beklagter, bei den Verhandlungen dem Kläger zu erkennen gegeben habe, nur ein servitutfreies Grundstück kaufen, und wenn dies nicht geliefert werden könne, gar nicht auf den Kauf eingehen zu wollen, und b., daß in den Kaufvertrag der Satz aufgenommen sei, der Kaufpreis (von
pag. 8. 14000 ℔) sei zu zahlen, „sobald die Lieferung vollständig geschehen sein werde.“ Allein keiner dieser Anführungen kann Folge gegeben werden.

Denn

zu a., würde in dem Falle, wenn die beklagtische Angabe begründet sein sollte nur die Ankündigung eines Motivs vorgelegen haben, von welchem der Beklagte bei dem Contractabschlusse geleitet worden sei, ohne daß dies eine andere Wirkung hätte haben können, als den Kläger zu benachrichtigen, daß er, wenn später Dienstbarkeiten als auf den Grundstücken ruhend sich zeigen sollten, auf Redhebition, jedenfalls auf Schadloshaltung des Beklagten sich zu richten haben werde. Und

zu b., muß dem angezogenen Satz in der von dem Beklagten angegebenen Richtung jede Bedeutung abgesprochen werden. Die Worte desselben enthalten nur den Ausdruck einer

Digitized by Google

gewöhnlichen Contractsbestimmung, indem der Käufer regelmäßig pag. 9.
erst dann zu zahlen braucht, wenn ihm vollständig geliefert wird oder worden ist. Aus dieser Bestimmung folgt jedoch nicht, daß, wenn ihm unvollständig geliefert sein sollte, er die Zahlung gänzlich und selbst dann verweigern dürfe, wenn er sich nicht dazu anschicke, das Gelieferte zu restituiren. Auch führt nichts darauf hin, daß an den Fall, wie derselbe gegenwärtig vorliegt, bei Abfassung des Contracts in Betreff des fraglichen Satzes gedacht worden ist. Sollte übrigens das Verständniß der in Bezug genommenen Worte ein zweifelhaftes sein, so würde hier gegen den Beklagten, als Denjenigen interpretirt werden müssen, der sich, wenn seine jetzigen Angaben richtig sein sollten, etwas Singulaires hätte ausbedingen wollen und folglich für eine klare Darlegung dessen, was er beabsichtigte, hätte Sorge tragen müssen. Hiebei ist es gleichgültig, ob der Notar Dr. Oelrichs, welcher den Contract abgefaßt hat, vom pag. 10.
Kläger, oder vom Beklagten, oder von beiden beauftragt worden ist.

Die 3. (eventuelle) Beschwerde des Beklagten, welche dahin gerichtet ist:

> daß nicht dem Kläger der Beweis aufgelegt sei, nicht im Stande zu sein, die Freiheit von der fraglichen Servitut herstellen zu können,

entbehrte jedes Grundes. Das in dem vorliegenden Prozesse verfolgte Recht des Klägers, nach geschehener Lieferung des Kaufgegenstandes und bei verweigerter beklagtischer Redhibition den Kaufpreis, wenn nicht ganz, doch so weit von dem Beklagten zu fordern, als dieser nicht im Stande und bereit sein sollte, einen in Abzug zu bringenden Minderwerthbetrag bestimmt zu substanziiren und zur Liquidität zu bringen, beruht auf den allgemeinen Prinzipien des Kaufvertrages. Diese Principien pag. 11.
erleiden keine Modification je nach der Verschiedenheit der Gründe, auf denen das Verhalten des Verkäufers, welcher eine ihm obliegende Leistung zu erfüllen unterläßt, beruhet, so daß es hier nicht darauf ankommt, ob der Beklagte von dem Eigenthümer

Digitized by Google

des herrschenden Grundstückes die Aufgebung der Servitut überhaupt, eventuell mittelst welcher größeren oder geringeren Opfer, erlangen könne.

Die 4. Beschwerde,

daß nicht dem Kläger mindestens zur Pflicht gemacht sei, die mangelhafte Lieferung zu vervollständigen,

erledigt sich nach dem zu den ersten drei Beschwerden Bemerkten, und da eine Wiederklage überhaupt nicht angestellt worden ist, von selbst.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **J. Bremer,**
Secretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johanne Heimbs zu Benſtorf, Klägerin, jetzt Appellantin, wider Richter Dr. Friedrich Adolph Meyer und deſſen Ehefrau, Emma geb. Derkhiem zu Bremen, Beklagte, jetzt die Letztere, Appellatin, wegen Injurien, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 27. October 1862, wie hiemit geſchieht, wieder aufzuheben, und Beklagte ſchuldig ſei, den Reinigungseid nach der im Erkenntniſſe des Criminalgerichts in Parteiſachen vom 6. December 1861 normirten Formel in einem von dieſem Gerichte anzuberaumenden Termine bei Strafe der Eidesweigerung abzuleiſten.

Die Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Gericht erſter Inſtanz zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 31. März 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) loco Secretarii

(gez.) Dr. **Hugo Buchholz**

Regiſtrator.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Durch Erkenntniß des Criminalgerichts vom 6. December 1861

Crim.-Ger.-Acten (21)

pag. 2. ist der Beklagten auferlegt worden, einen Reinigungseid dahin abzustatten:

> daß sie gegen Minna und Julie Hoffmann, abgesehen von der Aeußerung sie halte die Klägerin für einen intriganten Character, nicht geäußert habe, Klägerin sei eine intrigante Person, deren Ruf höchst zweideutig sei und sehr gelitten habe, sie stehe in einem unerlaubten resp. unsittlichen Verhältnisse; und daß Mitbeklagte auch nicht andere gleichbedeutende Ausdrücke gebraucht habe;

und ist dieses Erkenntniß auf Appellation der Beklagten durch Urtheil des Obergerichts vom 10. Februar 1862

Crim.-Ger.-Acten [25]

bestätigt worden. Auf einen am 14. desselben Monats gestellten Antrag der Beklagten aber hat das Criminalgericht, nach vor-

pag. 3. gängiger Vernehmung der Klägerin, durch Erkenntniß vom 14. März 1861

Crim.-Ger.-Acten [29]

die Eidesformel, welche im Uebrigen, bis auf einige unwesentliche Redactionsänderungen, dieselbe geblieben ist, soviel den Passus:

> daß sie (Beklagte) nicht geäußert habe dieselbe (Klägerin) sei eine Person, deren Ruf höchst zweideutig sei und sehr gelitten habe,

anlangt, dahin modificirt:

> „daß ich, gewissenhafter Prüfung unerachtet, mich nicht entsinne, geäußert zu haben, Klägerin sei eine Person, deren Ruf höchst zweideutig sei und sehr gelitten habe.“

Digitized by Google

und ist auch dieses Erkenntniß auf Appellation der Klägerin durch Urtheil des Obergerichts vom 27. October 1862

Crim.-Ger.-Acten [31] pag. 4.

bestätigt worden. Die Klägerin dagegen hält die verfügte Abänderung der Eidesformel für ungerechtfertigt und beschwert sich darüber, daß die Beklagte nicht als den Eid weigernd angenommen worden, eventuell: daß nicht, unter Wiederherstellung der durch Erkenntniß vom 6. December 1861 festgesetzten Eidesformel, ein Termin zur Ableistung des Eides bei Strafe der Eidesweigerung angesetzt sei.

O.-A.-Ger.-Acten [1] p. 3.

vgl. mit Oberger.-Acten T. 5 [203]. [4] p. 3.

I. Die Vorfrage für beide Beschwerden ist, ob die vom Criminalgerichte vorgenommene Abänderung der Eidesformel zulässig und im Rechte begründet sei.

A. Klägerin hat dem auf solche Aenderung gerichteten Antrage zunächst deshalb widersprochen, weil die Eidesformel pag. 5.
bereits rechtskräftig festgestellt sei. Wenn Beklagte hiergegen,

1. eingewendet hat, daß die Befugniß des Criminalgerichts, den Eid in dem betreffenden Passus, so wie später geschehen zu modificiren, bereits durch das Obergerichts-Erkenntniß vom 10. Februar 1862 anerkannt sei, so kann dem nicht beigetreten werden. Die Beklagte hatte beim Obergerichte denselben Antrag auf theilweise Umwandlung des Wahrheitseides in einen Nescienzeid gestellt, mit dem sie später beim Criminalgerichte hervorgetreten ist;

Oberger.-Acten T. 5 [195]. [3] p. 5 flg.

das Obergericht aber sprach, während es im Decisum das angefochtene Criminalgerichts-Erkenntniß vom 6. December 1861 lediglich bestätigte, in den Entscheidungsgründen aus: daß jener Antrag nicht vor Es gehöre, vielmehr darüber zunächst von dem judicium a quo zu entscheiden sei, welches dadurch, daß pag. 6.
es den Eid, auf Grund der bisherigen Verhandlungen de veritate formulirt, der Beklagten keine Beschwerde zugefügt, sondern den Rechten gemäß erkannt habe:

Crim.-Ger.-Acten [25] p. 45.

In dieser Verweisung des Antrags an die erste Instanz liegt

Digitized by Google

die Ablehnung eines jeden Urtheils über denselben; und wenn sich daher auch aus der dem gedachten Entscheidungsgrunde beigefügten Bezugnahme auf die Ausführungen der Juristenfacultät Leipzig ad decr. d. 29. September 1851 in S. Sudholz c. v. Kapf (Brem. Samml. Bd. III. S. 150.) eine der Statthaftigkeit des fraglichen Antrags günstige Ansicht des Obergerichts folgern läßt, so kann doch eine wirkliche Entscheidung über diesen Punct in jenem Erkenntnisse nicht gefunden werden. Anlangend sodann

pag. 7. 2. die Frage selbst, ob das Criminalgericht annoch befugt war, die in seinem Erkenntnisse vom 6. December 1861 aufgestellte Eidesformel so wie geschehen abzuändern, so liegen zunächst in der concreten Ausdrucksweise, deren sich das Gericht in jenem Erkenntnisse bedient hat, keine Gründe für die Annahme, als habe in demselben die Frage, ob und resp. wie weit der fragliche Eid als Wahrheits- oder aber als Nescienzeid geschworen werden soll, noch nicht entschieden, darüber vielmehr noch eine Verhandlung der Parteien vorbehalten werden sollen. Jenes Erkenntniß lautet sub. 2, im Eingange dahin:

> „daß die Mitbeklagte gehalten sei, in demselben Termine bei Strafe der Eidesweigerung, einen Reinigungseid dahin abzustatten ꝛc.;"

pag. 8. es war also beabsichtigt, schon jetzt den Eid in aller Form festzustellen und der Beklagten vorzuschreiben. Im Contexte aber lautete die Formel in dem betreffenden Theile dahin:

> „daß sie gegen Minna und Julie Hoffmann nicht geäußert habe Klägerin — — — — sei eine Person deren Ruf höchst zweideutig sei und sehr gelitten habe,"

eine Fassung, die unstreitig einen Wahrheitseid enthält und von der Beklagten fordert. Nun geht freilich die in den allegirten Entscheidungsgründen zur Sache Sudholz c. v. Kapf entwickelte Ansicht dahin, daß der Richter der Regel nach lediglich zunächst auf den Wahrheitseid zu erkennen habe; und es dann immer noch dem Schwurpflichtigen gestattet sei, unter Angabe

pag. 9. ausreichender Gründe darum zu bitten, daß er den Eid als

Digitized by Google

bloßen Glaubenseid (resp. Ignoranzeid) leisten dürfe. Es kann jedoch dieser Ansicht nicht beigetreten, muß vielmehr umgekehrt als Regel angesehen werden, daß die Parteien verpflichtet sind, diejenigen Momente, welche auf die Formulirung des Eides als Wahrheits-, Glaubens- oder Ignoranzeid einen Einfluß zu üben geeignet sind, so zeitig vorzubringen, daß der Richter, wenn er in die Lage kommt, auf einen Eid zu erkennen, dieselben berücksichtigen kann:

cf. Entscheidgr. des O.-A.-Ger. zum Urtheil vom 29. Juli 1829 in S. Luther c. v. d. Busch p. 3. 4.

woraus sich von selbst die weitere Regel ergiebt, daß der durch richterliches Erkenntniß nach Maaßgabe des derzeitigen Acteninhalts einmal als Wahrheitseid formulirte Eid nicht mehr auf pag. 10.
einfachen Antrag des Schwurpflichtigen, sondern nur im Wege der Restitution in einen Glaubens- oder Nescienzeid verwandelt werden kann. Nur dann erleidet diese Regel, der Natur der Sache nach, eine Ausnahme, wenn die betreffende Partei noch gar keine Gelegenheit gehabt hat, die Frage, ob der Eid als Wahrheits- oder aber als Glaubens- resp. Ignoranzeid zu schwören sei, zur Erörterung zu bringen, indem solchenfalls von einer Präclusion derselben mit ihren in dieser Richtung zu stellenden Anträgen gerechterweise nicht die Rede sein könnte. Daß ein solcher Ausnahmefall hier vorliege, könnte man deshalb anzunehmen geneigt sein, weil es sich um einen Notheid handelt, auf welchen das Gericht sofort nach beendigtem Productionsverfahren ohne vorherige Zulassung einer Deduction der Parteien

cf. § 185 der Brem. Ger.-Ordn.

erkannt hat; wogegen sich andererseits viel dafür sagen läßt, pag. 11.
daß es den Parteien obgelegen, schon von vornherein im ersten Verfahren ihren Behauptungen und darüber abgegebenen Erklärungen, deren Relevanz ihnen bereits klar vorlag, eine solche Einkleidung und Form zu geben, daß der Gegner wie der Richter sofort daraus zu erkennen im Stande war, ob sie von den in Betracht kommenden Thatsachen ein eigenes Wissen haben oder nicht. Die Entscheidung dieses Punktes kann indessen vorliegend dahin gestellt bleiben, weil jedenfalls

Digitized by Google

B. den materiellen Gründen, aus welchen die vorigen Gerichte den Eid in dem betreffenden Passus aus einem Wahrheits- in einen Nescienzeid abgeändert haben, nicht beigetreten werden kann. Allerdings unterliegt es, nach Maaßgabe der oben angeführten Entscheidungsgründe des O.-A.-Gerichts zur
pag 12. Sache Luther c. v. d. Busch, keinem Zweifel, daß der Beklagten, obgleich sie über eine eigene Handlung zu schwören hat, „aus bewegenden Gründen“ würde gestattet werden können, den Eid als bloßen Nescienzeid (in der hier allein passenden Form des Nichterinnerns) auszuschwören. Es kann aber das Vorliegen solcher Gründe nicht anerkannt werden. Der Umstand allein, daß die Partei, die über eine eigene Handlung zu schwören hat, sich des Hergangs nicht mehr oder nicht mehr genau zu entsinnen behauptet, kann selbstverständlich nicht genügen, um sie von dem Wahrheitseide zu entbinden. Widrigenfalls würde die ganze Vorschrift des § 229 der Brem. Ger.-Ordn. illusorisch sein. Ebensowenig aber kann darauf allein das entscheidende Gewicht gelegt werden, ob und in welcher Maaße jene Behauptung schon ohne Ableistung des darüber anerbote-
pag. 13. nen Eides für glaubhaft oder wahrscheinlich zu erachten ist. Worauf es vielmehr eigentlich und hauptsächlich ankommt, ist, ob den Schwurpflichtigen, wenn er sich der betreffenden Thatsache nicht mehr so bestimmt erinnert, um darüber einen Wahrheitseid leisten zu können, der Vorwurf eines Verschuldens trifft:

vgl. Renaud im Archiv für civilst. Prax. Bd. 43 p. 182 flg.

Denn wer der im Gesetze ebenso wie in der Natur der Sache begründeten Verbindlichkeit, über seine eigenen Handlungen in Wahrheitsform zu schwören, sich entziehen will, muß einen besonderen Befreiungsgrund für sich haben. Als ein solcher Befreiungsgrund aber kann selbstverständlich das eigene Verschulden niemals gelten; dessen nachtheilige Folgen hat vielmehr immer der schuldige Theil selbst zu tragen.

Anlangend nun die vorliegend in Frage stehende Aeußerung:
pag. 14. „die Klägerin sei eine Person, deren Ruf höchst zweideutig sei und sehr gelitten habe.“

welche nach der Behauptung der Klägerin, die Beklagte in

Digitized by Google

zwei im Juni 1860 mit Julie und Minna Hoffmann gehabten Gesprächen gethan haben soll, so glaubt die Beklagte zu einem Eide des bloßen Nichterinnerns theils wegen Länge der in Mitte liegenden Zeit, theils deshalb zugelassen werden zu müssen, weil jene Gespräche für sie nicht von solcher Wichtigkeit gewesen, daß sich alle Einzelheiten derselben genau ihrem Gedächtnisse eingeprägt hätten.

Crim.-Ger.-Acten [27]
O.-Ger.-Acten T. 5 [203] [5] p. 9.
O.-A.-Ger.-Acten [10].

Der letztere Grund verdient jedoch überall keine Berücksichtigung. Kann auch selbstverständlich Niemanden zugemuthet werden, daß er alle Aeußerungen, die er über einen Dritten pag. 15.
thut, genau in der Erinnerung behalte, und ist auch der Anlaß der vorliegend in Frage stehenden Aeußerungen (Erkundigung nach dem Character einer Person, die zu dem Anfragenden in ein Dienstverhältniß treten will) nicht von der Bedeutung, daß darum jene Anforderung begründet wäre, so ändert sich doch die Sache, sobald es sich um eine Aeußerung von injuriösem Character handelt. Durch eine solche greift derjenige, der sie thut, verletzend in die Rechtssphäre des Dritten ein, dem er in demselben Momente, wo sie erfolgt, auch dafür verantwortlich wird; und wie er schon rechtlich verpflichtet war, sich solcher Aeußerung ganz zu enthalten, so muß er auch — nachdem die rechtsverletzenden Worte einmal gefallen — für schuldig erachtet werden, sich derselben bewußt zu bleiben, damit er dem Verletzten darüber Rede stehen könne. Die Sache steht also so, pag. 16.
daß, wenn die von der Beklagten bei der fraglichen Gelegenheit über die Klägerin gethanen Aeußerungen nicht injuriös gewesen sein sollten, dann auch das Nichterinnern an dieselben entschuldigt erscheinen würde; darüber aber, ob sie eine injuriöse Aeußerung des von der Klägerin behaupteten Inhalts gethan, eine bestimmte Erklärung, also auch einen Wahrheitseid, von ihr gefordert werden kann. Wollte man ihr gestatten, diesen deshalb abzulehnen, weil die ganze Sache nicht von solcher Erheblichkeit für sie gewesen, um sich ihrem Gedächtnisse einzuprägen, so hieße dies nichts Anderes, als ihr erlauben, einen

Digitized by Google

Befreiungsgrund aus der eigenen Nichtachtung fremden Rechts und fremder Ehre — also aus einem mehr als bloß schuldhaften Verhalten — zu entnehmen.

pag. 17. Anlangend aber die seit den fraglichen Gesprächen verlaufene Zeit, so würde diese, selbst wenn man bis zum gegenwärtigen Momente zu rechnen haben sollte, kaum lange genug erscheinen, um es als entschuldigt erscheinen zu lassen, wenn Beklagte sich nicht mehr erinnert, ob sie eine Aeußerung, die für den Ruf der dadurch angegriffenen Person von solcher Wichtigkeit und Bedeutsamkeit ist, wie die vorliegend in Frage stehende, wirklich gethan oder nicht gethan hat. Daß die Zeuginnen die Einzelheiten der betreffenden Gespräche bereits am 27. November 1861 nicht mehr wiederzugeben vermochten:

Crim.-Ger.-Acten [20]

relevirt hier Nichts, weil diese in einer ganz anderen Lage zur Sache waren, als die Beklagte, und eine Pflicht zur Diligenz überall nicht hatten. Es kann aber auf die bis heute verlaufene Zeit nicht ankommen, muß vielmehr bereits der

pag. 18. Moment der mitgetheilten Klage oder spätestens der Litiscontestation als der Endpunct des hier in Betracht kommenden Zeitraums angesehen werden. Denn damit war ein genügender und zwingender Anlaß für die Beklagte gegeben, den ganzen Vorfall in ihrem Gedächtnisse zu reproduciren und zu fixiren; und wenn sie es unterlassen haben sollte, dies in solchem Maaße zu thun, daß sie jetzt noch, wie dies bei der Einlassung auf die Klage geschehen, die betreffende Behauptung einfach „entkennen" kann:

Crim.-Ger.-Acten [4] p. 2.

so würde dies wieder nur als ihr eigenes Verschulden angesehen werden können. Daß aber der noch nicht einjährige Zeitraum, welcher zwischen den fraglichen Gesprächen und der Litiscontestation liegt, nicht genügt, um in einem Falle der

pag. 19. vorliegenden Art ein Vergessen dessen, was wirklich geschehen, entschuldbar erscheinen zu lassen, ist nach Obigem klar, und bedarf daher die in den Parteiverhandlungen weiter angeregte Frage, ob nicht schon die von Seiten des Vaters der Kläge-

Digitized by Google

rin erhobene Injurienklage hier entscheidend in Betracht komme, keiner Beantwortung.

II. Erscheint dem Vorstehenden zufolge, die vom Criminalgerichte verfügte und vom Obergerichte bestätigte Abänderung der Eidesformel nicht gerechtfertigt, so fragt es sich, welches Erkenntniß an die Stelle zu setzen sei.

A. Klägerin verlangt zunächst, daß die Beklagte für eidesweigernd erklärt werde. Dem konnte jedoch nicht entsprochen werden. Allerdings hatte das Criminalgericht in seinem Erkenntnisse vom 6. December 1861 bestimmt, daß die pag. 20.
darin normirten Eide im nächsten Termine bei Strafe der Eidesweigerung abzuleisten seien. Allein diese Terminsbestimmung war, soviel den von der Mitbeklagten zu schwörenden Reinigungseid betraf, durch die von Dieser gegen jenes Erkenntniß eingewandte und verfolgte Appellation vereitelt worden; und man hat, in Ermangelung einer bestimmten hier einschlagenden Bestimmung der Bremischen Gerichts-Ordnung (wie sie z. B. hinsichtlich der Beweisantretung in § 169 sich findet) keinen ausreichenden Grund zu der Annahme, daß nach Erledigung der Appellation jene Terminsbestimmung von selbst in der Art wieder aufgelebt sei, daß ohne Weiteres im nächsten Termine nach Bekanntmachung oder beschrittener Rechtskraft des neuen Erkenntnisses der Eid unter dem angedrohten Rechtsnachtheile zu leisten gewesen wäre.

B. Dagegen mußte das eventuelle Verlangen der pag. 21.
Klägerin, daß der Beklagten nunmehr aufgegeben werde, den durch Erkenntniß vom 6. December 1861 normirten Eid in einem vom Criminalgerichte anzusetzenden Termine unter dem Rechtsnachtheile der Eidesweigerung zu leisten, nach Maaßgabe des oben Ausgeführten für begründet erachtet und danach das angefochtene Erkenntniß, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz abgeändert werden.

Zur Beglaubigung
loco Secretarii
gez. **Dr. Hugo Buchholz.**
Registrator.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hinrich Lahrs zu Arsten, Klägers, jetzt Appellantens, wider Hinrich Lahrs Wittwe Adelheid geb. Klatte und Johann Lahrs vertreten durch seine ad hoc bestellten Vormünder: Hinrich Lahrs Wittwe und Friedrich Klatte ebendaselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, Herausgabe einer Meierstelle betreffend, wird dem Kläger das in voriger Instanz genossene Armenrecht auch für die gegenwärtige hiedurch bewilligt und erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 2. Februar 1863, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei: und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. April 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) loco Secretarii

Dr. Hugo Buchholz,

Registrator.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Wenn der zum Armenrechte zugelassene Kläger die unverkennbar nur im Interesse seines Sachführers in voriger Instanz aufgestellte Beschwerde, daß die Beklagten nicht verurtheilt seien, ihm einen Kostenvorschuß von 200 ℛ zu leisten, in dieser Instanz wiederholt, ohne sie jedoch weiter zu rechtfertigen, so liegt die Grundlosigkeit dieser Beschwerde auf flacher Hand. Denn da in der Regel keine Partei verpflichtet ist, der andern die Kosten des Processes vorzuschießen, so müßten im vorliegenden Falle ausnahmsweise ganz besondere Verpflichtungsgründe dazu für die Beklagten vorhanden sein. Diese will der Kläger nun darin finden. pag. 2.

1. daß er der gesetzliche eventualiter der vertragsmäßige Anerbe sei, der als solcher das Recht habe, einen Vorschuß aus der Stelle zu fordern;

2. daß jedenfalls ihm im väterlichen Testamente eine bedeutende Abfindung bestimmt sei.

Allein der Kläger übersieht

ad. 1. daß die Frage, ob er wirklich Anerbe sei und als solcher Herausgabe der Stelle verlangen könne, erst in diesem Processe entschieden werden soll, und pag. 3.

ad 2. daß er das Testament seines Vaters unter andern als inofficiös ansieht, er also mit sich selbst in Widerspruch tritt, wenn er die Bestimmung über die Abfindung geltend macht, um zu zeigen, daß ein Liquidum vorhanden sei, aus dem ihm ein Vorschuß geleistet werden müsse.

Was sodann

II. die zweite und Hauptbeschwerde betrifft, daß die Klage als unbegründet abgewiesen sei, so konnte dieselbe ebenfalls für begründet nicht erachtet werden.

A. Der Kläger geht nach wie vor davon aus, daß die Meierstelle, von welcher es sich handelt, seine mütterliche Stelle sei. Wäre dies der Fall, so würde nach der Verordnung vom 23. Januar 1826 § 18 a. E. an welche nach der pag. 4.

Digitized by Google

Ablösungsordnung vom 8. Juli 1850 § 2 sub c. der Vater des Klägers gebunden war, Jener in seinem Testamente wenigstens ohne ganz triftige Gründe diesem sein Anerbenrecht allerdings nicht haben entziehen können. Allein jener Satz, von dem der Kläger ausgeht, ist ein ganz evident falscher. Daß die Meierstelle von dem väterlichen Großvater des Klägers herstammt, bestreitet der Kläger nicht, behauptet dagegen, sie sei durch die Aufheirathung seiner Mutter auf dieselbe in Folge des damals mit der Mutter seines Vaters geschlossenen Abfindungs- und Uebertragungscontracts eine mütterliche Stelle geworden; und dies ist offenbar verkehrt. Laut jenes Vertrags nämlich

O.-Ger.-Acten [4]

bestand das Illatum der Mutter des Klägers in ihrem Näher-
pag. 5. rechte an ihrer älterlichen, der Bollmann'schen Stelle, und zwar ward dieses Illatum in der Art in die väterliche Stelle des Klägers verwandt, daß dessen Mutter zu Gunsten der letzteren Stelle dergestalt auf ihr Näherrecht verzichtete, daß die alte Wittwe Lahrs ihren Altentheil und deren Töchter ihre Abfindungen nicht aus der Lahr'schen, sondern aus der Bollmann'schen Stelle erhielten, und eine der Letzteren statt der Mutter des Klägers mit dieser Bollmann'schen Stelle bemeiert werden sollte. Wenn daher in dem Meierbriefe, welche den beiden Aeltern des Klägers über dessen väterliche Stelle ertheilt ward;

Ebendas. [2]

von einem Tausche geredet wird — und auf diesen Ausdruck gründet der Kläger seine ganze Behauptung —, so kann damit nur gemeint sein, der gegenseitige Verzicht einerseits der Mutter
pag. 6. des Klägers auf ihr Näherrecht an der Bollmann'schen Stelle und andererseits der alten Wittwe Lahrs und ihrer Töchter auf ihre Altentheils- resp. Abfindungsrechte an der Lahr'schen Stelle, und es hat letztere dadurch so wenig aufgehört die väterliche Stelle des Klägers zu sein, als sie dadurch, daß die zweite Ehefrau seines Vaters 2000 ℛ in dieselbe in-

Digitized by Google

ferirt hat und ebenfalls in das Meierrecht aufgenommen worden, deren Stelle geworden ist.

Handelt es sich hiernach gegenwärtig von der Succession in die väterliche Meierstelle des Klägers, so leidet nicht nur der letzte Absatz des § 18 der Verordnung vom 23. Januar 1826 gar keine Anwendung, sondern es stellen sich auch schon aus diesem Grunde die in voriger Instanz vom Kläger bereits in Bezug genommenen und in gegenwärtiger beigebrachten früheren Entscheidungen des O.-A.-Gerichts pag. 7.

O.-A.-Ger.-Acten Nr. 5 und 6.

als völlig unzutreffend und bedeutungslos dar, indem nur ausgesprochen ist, daß, wenn eine Meierstelle von der ersten Frau eines Colonen herrühre, alsdann die Gutsherrschaft nicht befugt sei, mit Hintansetzung der Söhne aus dieser ersten Ehe einen Sohn aus des Colonen zweiter Ehe zum Anerben zu wählen.

B. Gleich grundlos ist die Berufung des Klägers darauf, daß ihm aus der Ehestiftung seines Vaters bei dessen zweiten Verheirathung im Jahre 1847

Ober-Ger.-Acten [3]

ein vertragsmäßiges Recht auf die Succession in die Stelle erworben sei: und bedarf es in dieser Beziehung, da der Kläger in dieser Instanz neue Gründe überall nicht vorgebracht hat, nur der Verweisung auf die völlig zutreffenden Gründe pag. 8. des Obergerichts.

Ober-Ger.-Acten [22] S. 9—14.

C. Daß den vorliegenden Umständen nach von der behaupteten Inofficiösität des väterlichen Testaments nicht die Rede sein könne, bedarf ebenfalls keiner weiteren Ausführung.

Endlich

D., konnte auch der Versuch des Klägers, die testamentarische Verfügung seines Vaters über das Anerbenrecht, weil auf einer falsa causa beruhend, als ungültig anzufechten, nicht dahin führen, dem Kläger in dieser Beziehung einen Beweis nachzulassen.

Allerdings zwar ist, wenn die Thatsache, welche ein Te-

Digitized by Google

stator als Beweggrund zu der von ihm getroffenen Verfügung im Testamente angegeben hat, als unwahr sich erweiset, der Testator aber sie für wahr gehalten hat und nur dadurch zu seiner Disposition bewogen worden ist, diese letztere, wenn
pag. 9. auch vielleicht nicht in allen Fällen,

v. Savigny System III. S. 378—79.

nichtig. Dieser Satz läßt sich aber im vorliegenden Falle nicht anwenden.

Der Testator sagt nämlich in seinem Testamente, er finde sich im Hinblick auf die zunehmende Körper- und Geistesschwäche seines ältesten Sohnes Hinrich (des Klägers) im Interesse der Stelle und seiner sämmtlichen übrigen Kinder veranlaßt statt dieses Sohnes seinen jüngsten . . . Sohn zum demnächstigen Anerben seiner Meierstelle zu ernennen. Nun konnte aber der Testator über den körperlichen und intellectuellen Zustand des unter seinen Augen aufgewachsenen Sohnes an sich im Allgemeinen nicht wohl irren. Auch steht es bereits fest, daß er sich insoweit nicht geirrt hat, indem laut des zu den Acten gebrachten, von beiden Theilen in Bezug genommenen Decrets
pag. 10. des Obergerichts vom 23. März 1861 die von demselben angeordnete Untersuchung als Resultat ergeben hat, daß bei dem Kläger nicht nur eine Schwäche der äußeren Erscheinung, sondern auch eine mindere geistige Befähigung allerdings vorhanden sind.

Ober-Ger.-Acten [6]

Man kann daher höchstens sagen, daß der Vater, indem er im Interesse der Stelle und seiner übrigen Kinder für bedenklich erachtet hat, den Kläger, im Hinblick auf dessen Zustand körperlicher und geistiger Schwäche, zum Anerben zu ernennen, in seiner subjectiven Beurtheilung dieses Zustandes in Beziehung auf die Befähigung des Klägers zur Bewirthschaftung der Stelle einen unrichtigen Maaßstab angelegt hat. Fälle unrichtiger Beurtheilung an sich nicht unwahrer Thatsachen fallen aber nicht unter den Begriff der falsa causa, welche vielmehr eine objectiv absolut unwahre, aber vom Te-
pag. 11. stator für wahr gehaltene Thatsache zur Voraussetzung hat.

Digitized by Google

Mußte aus diesen Gründen das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts bestätigt werden, so war der Kläger auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen, für welche ihm übrigens das in den vorigen Instanzen bereits genossene Armenrecht ebenfalls zu bewilligen war.

Zur Beglaubigung
(unterz.) loco Secretarii
Dr. Hugo Buchholz,
Registrator.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Oskar Kisker zu Stettin, Klägers, jetzt Appellantens, wider Gottfried Theodor Mohr in Bremen, Beklagten, jetzt Appellaten, Forderung, jetzt Restitution betreffend,

in Erwägung

1) daß eine Partei die Wahrung der bei einem Rechtsmittel zu beobachtenden Nothfristen ihrem bevollmächtigten Sachführer überlassen darf, auch in der gegenwärtigen Sache zufolge der Darstellung des klägerischen Anwaltes, welcher von Seiten des Beklagten nicht widersprochen worden ist, kein Umstand vorliegt, welcher auf eine vernachlässigte Mitwirkung des Klägers selbst schließen ließe, vielmehr ohne weitere Ermittelungen angenommen werden darf, daß der Kläger an der um vier Tage verspäteten Einreichung des Appellationslibells schuldlos sei, hiernach aber das zeitig angebrachte Ristitutionsgesuch für begründet zu erachten war;

2) daß dagegen der Anwalt des Klägers Dr. . . . . zu Bremen, wie er nach seiner eigenen Darstellung die Formalien des Rechtsmittels nicht mit der gehörigen Sorgfalt wahrgenommen hat, insofern er sich zur Beibringung der Sententia a qua und der Procuraturvollmacht nicht zeitig in den Stand setzte, so auch hinsichtlich der Fristversäumniß selbst von Verschuldung nicht freigesprochen werden kann, weil er mit der Absendung der Appellationsschrift bis zum vorletzten Tage gewartet hat, während er die Gefahr, daß bei der Post wegen der Witterung oder anderer Umstände sehr leicht eine Verzögerung um einen Tag eintreten könne, nicht unbeachtet lassen

Digitized by Google

durfte; ihn daher die in § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vorgeschriebenen Nachtheile treffen müssen;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß der Kläger gegen den Ablauf der Einführungs- und Rechtfertigungsfrist seiner wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 7. December 1863 verfolgten Appellation, wie hiemit geschieht, in den vorigen Stand wieder einzusetzen, und demzufolge der Beklagte sich auf den ihm bereits vorläufig mitgetheilten Appellationslibell des Klägers binnen Ordnungsfrist bei Vermeidung des Ausschlusses vernehmen zu lassen verbunden, der Sachführer des Klägers, Dr. . . . . zu Bremen aber nicht nur die durch das Restitutionsverfahren verursachten Kosten beiden Parteien aus eigenen Mitteln zu erstatten schuldig, sondern überdies in eine binnen vier Wochen an die Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln zu entrichtende Strafe von Dreißig Mark Courant zu verurtheilen sei. — Und soll nunmehr das Obergericht um Einsendung der Voracten ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 6. Mai 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) loco Secretaris

Dr. Hugo Buchholz,

Registrator.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Christoph Friedrich Sudholtz zu Woltmershausen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Friedrich Ritscher zu Liebenau im Königreiche Hannover, Beklagten, jetzt Appellaten, Erbtheilung, jetzt Gerichtszuständigkeit betreffend, wird den Parteien angezeigt, daß die Voracten am 26. vor. Mts. allhier eingegangen sind, und

in Erwägung:

1) daß das Obergericht die Entscheidung über seine Competenz mit Recht lediglich davon abhängig gemacht hat, ob es für die mit der Erbtheilungsklage in der Replik cumulirte und dermalen allein weiter verfolgte hereditatis petitio

cf. O.-Ger.-Act. [21] p. 4.

dem auswärts wohnenden Beklagten gegenüber ein zuständiges Gericht sei;

2) daß ein bei demselben begründeter Gerichtsstand der belegenen Sache nicht weiter behauptet werden zu sollen scheint:

cf. O.-Ger.-Act. [21] p. 9. 10.
O.-A.-Ger.-Act. [1] p. 6. i. f., 7.

und jedenfalls nicht anzuerkennen ist, da die in Bremen befindlichen Erbschaftsobjecte bereits im Besitze des Klägers sind, mithin einen Gegenstand der hereditatis petitio nicht bilden;

3) daß es hiernach nur noch darauf ankommt, ob — worauf Kläger auch in gegenwärtiger Instanz allein noch sich beruft — in Bremen, als dem Wohnsitze

Digitized by Google

der Erblasserin, für die auf die Erbschaft sich beziehenden Streitigkeiten ein s. g. forum hereditatis begründet sei,

ein solches Forum aber weder aus den geschriebenen Quellen des gemeinen Proceßrechtes sich ableiten, noch auf die Existenz einer allgemeinen dasselbe anerkennenden Praxis, in dem Umfange, wie sie vom Kläger behauptet wird, sich nachweisen läßt,

das übereinstimmende Zeugniß der Schriftsteller vielmehr nur dahin geht, daß für die Angelegenheiten der ruhenden Erbschaft das Gericht des Domicils des Erblassers als zuständig betrachtet werde, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß mit der Erbschaftsantretung dessen Zuständigkeit erlösche:

vergl. außer den vom Obergericht citirten noch:
Hommel Rhapsod. obs. 590;

dieses forum hereditatis jacentis indessen nur darauf beruht, daß der Gerichtsstand des Erblassers für die Zeit der ruhenden Erbschaft als fortbestehend gedacht wird, und daher, wenn überhaupt außerhalb des Gebiets der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuerkennen:

cf. Bayer Vorträge (8. Ausg.) p. 186.

jedenfalls nur auf solche Klagen sich beziehen kann, die gegen den Erblasser selbst, oder gegen die Masse, als eine Fortsetzung von dessen juristischer Persönlichkeit, begründet und gerichtet sind;

die hereditatis petitio aber nicht diese Richtung verfolgt, sondern den Streit darüber, wer an die Stelle des Erblassers getreten, zur Entscheidung bringen soll, wie denn auch diese Klage nothwendig den vorgängigen Erwerb der Erbschaft von Seiten des Klägers, also eben das Factum voraussetzt, durch welches nach Obigem das forum hereditatis jacentis seine Endschaft erreicht;

4) daß endlich die vom Kläger in Bezug genommenen Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft aus

Digitized by Google

den Jahren 1862 und 1863 nur ein zu erlassendes Gesetz betreffen, und auf eine im Sinne dieses Gesetzes bereits bestehende, allgemein deutsche oder speciell bremische Praxis in keiner Weise schließen lassen;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 21. März 1864, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Obergericht, welches um Insinuation dieses Urtheils an den Beklagten ersucht werden soll, zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. Juni 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Hugo Martini in Bremen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Karl August Ritter und Heinrich Behr daselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, Gage- und Honorar-Forderung betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. September 1863, wie hiemit geschieht, im Uebrigen zu bestätigen und nur dahin abzuändern, daß die Beklagten schuldig, dem Kläger das Spiel-Honorar vom 1. bis 16. November 1862 mit 5 Thalern Pr. Cour. nebst Zinsen zu 5 Procent seit dem 4. December 1862 zu bezahlen, auch die Kosten voriger Instanz zu einem Zehntel zu compensiren seien.

Die Kosten dieser Instanz werden ebenfalls zu Ein Zehntel compensirt, während die übrigen den Beklagten vom Kläger zu erstatten sind: und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 9. Juli 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**

Sekretär.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die principale Beschwerde des Klägers, daß nicht Beklagte ohne Weiteres in die ganze eingeklagte Gage- und pag. 2.
Honorar-Forderung verurtheilt seien — Erster Theil des Grav. I. — war für völlig unbegründet zu erachten.

Der Kläger hat der, abseiten der Beklagten am 17. October auf den 16. November geschehenen Kündigung seines Engagements den doppelten Einwand entgegengesetzt:

A., daß die Kündigung eine verspätete sei, weil sie in den ersten vier Wochen nach dem 15. September, mit welchem Tage sein Engagement begonnen, hätte geschehen müssen.

B., daß die im Contracte enthaltene Bedingung des Kündigungsrechts, daß nämlich die Leistungen des Klägers den billigen und gerechten Ansprüchen des Publicums nicht entsprochen haben, nicht eingetreten, Kläger vielmehr in seinen beiden Debütrollen mit entschiedenem Beifall des Publicums pag. 3.
aufgetreten sei.

Allein beide Einwendungen sind unbegründet. Denn

ad A., im § 9 des Contracts [6], auf welchen der Kläger sich beruft, ist nur die Kündigungsfrist auf vier Wochen bestimmt, darüber aber, wann zu kündigen sei, positiv nichts gesagt.

1) Ohne Grund macht der Kläger für seine Behauptung geltend, daß das im Formular des Contracts stehende Wort „jederzeit“ in seiner Ausfertigung gestrichen sei. Denn mag man dieses „jederzeit“ so verstehen, daß es einen Gegensatz bildet gegen die vierwöchige Kündigungsfrist, oder so, daß es auf den Zeitpunct der Kündigung geht, daß nämlich diese während des ganzen Laufs des Contracts geschehen könne, in keinem Falle folgt aus der Streichung desselben für die Behauptung des Klägers auch nur das Geringste, wenngleich es pag. 4.
anzuerkennen ist, daß in Contracten dieser Art die Beschränkung der Kündigungsbefugniß der Theaterdirectionen auf einen gewissen Zeitpunct häufig vorkommt.

Digitized by Google

2) Eben so unzutreffend ist es, wenn der Kläger dafür, daß seine Auffassung des contractlichen Verhältnisses auch die der Beklagten gewesen sei, sich auf deren Schreiben vom 13. October [3] beruft. Wenn nämlich die Beklagten an diesem Tage dem Kläger schreiben: „wir müssen uns die Entscheidung über die definitive Fortsetzung Ihres Engagements bis zum Ablauf dieser Woche, in welcher Ihre Debüt-Rollen stattfinden werden, vorbehalten“ so bestätigt dieß nur, was der Kläger ohnehin einräumt, daß sein Engagement kein definitives, sondern ein, der Kündigung abseiten der Beklagten unterwor-
pag. 5. fenes gewesen sei, beweiset aber nichts dafür, daß dieses Kündigungsrecht nur innerhalb der ersten vier Wochen habe ausgeübt werden dürfen.

ad B. Die Grundlosigkeit des zweiten Einwandes ergiebt sich aber ebenfalls aus dem § 9 des Contracts in Verbindung mit dem § 26 der Theatergesetze [9], welche nach der Bemerkung auf dem Titel einen integrirenden Theil eines jeden Engagements-Contracts bilden, welchen der Kläger sich überdieß in § 2 seines Contracts unbedingt unterworfen hat, und hinsichtlich welcher er daher darauf, daß sie ihm wegen unterlassener Mittheilung abseiten der Beklagten unbekannt geblieben seien, sich nicht berufen darf. Dieser § 26 bestimmt nämlich, daß, falls die Leistungen eines Mitglieds dem Publicum *oder* der Direction nicht genügend erscheinen, der Direction frei stehe, den geschlossenen Contract zu lösen, und fügt schließlich noch
pag. 6. ausdrücklich hinzu, daß *nur sie* in dieser Beziehung zu entscheiden habe. Und hiemit steht der § 9 des vorliegenden Contractes, wenn er, falls Kläger in seinen artistischen Leistungen den gerechten und billigen Ansprüchen des Publicums *von* der Direction nicht entsprechen sollte, dieser das Recht vorbehält, den Contract zu lösen, nicht in Widerspruch, indem, wenn auch das Wort „von“ nicht auf einem Druckfehler statt „oder“ beruhen sollte, gleichwohl das alleinige Entscheidungsrecht der Direction durch diese Bestimmung nicht ausgeschlossen sein würde.

Wenn Kläger

Digitized by Google

II. eventualiter mittelſt ſeiner 3. Beſchwerde zunächſt verlangt, es ſolle mindeſtens den Beklagten der Beweis auferlegt werden,

> daß er in ſeinen artiſtiſchen Leiſtungen den gerechten und billigen Anforderungen des Publicums an die Direction nicht entſprochen habe, pag. 7.

ſo konnte nach dem eben Bemerkten auch dieſem Verlangen nicht ſtattgegeben werden. Zwar meint er, daß wenn er ſich auch der Entſcheidung der Direction unterworfen habe, er doch jedenfalls gegen einen Act reiner Willkür das arbitrium boni viri müſſe in Anſpruch nehmen dürfen. Allein mit Unrecht. Denn hat der Kläger ſein definitives Engagement einmal von dem Urtheil der Beklagten über ſeine Leiſtungen abhängig gemacht, ſo iſt unbedenklich ſein Contract nach Analogie eines Verkaufs ad gustum zu beurtheilen, bei welchem nach richtiger Anſicht eine Provocation auf das arbitrium boni viri nicht ſtattfindet.

> L. 34. § 5. D. de contrah. emt. verb. „gustus .... ad hoc proficit ut improbare liceat."
> Glück Erläuterungen der Pand. XVII. S. 166—67. pag. 8.
> Thibaut Pand. § 478. Juriſtiſche Abhandlungen I. S. 187—189;
> Göſchen Pand. § 498. S. 349—50.
> v. Bangerow Pand. III. § 635. Anm. II. I.

Uebrigens laſſen nicht nur die von den Beklagten beigebrachten Briefe der Theater-Directionen von Breslau und Zürich

[10] bis [12]

deren Echtheit der Kläger nicht beanſtandet hat, ſo wie die Kritik ſeines Spiels in der Züricher Zeitung

[13]

es kaum bezweifeln, daß die Beklagten den Kläger nicht ohne Grund gekündigt haben, ſondern auch die vom Kläger ſelbſt beigebrachten Bremiſchen Zeitungsblätter reden ſeiner Behauptung, daß er mit entſchiedenem Beifall aufgetreten ſei, nicht das Wort, indem in den am meiſten eingehenden Kritiken [16] pag. 9. und [18] nicht, wie er vorgiebt, ſein Spiel, ungeachtet einzelner Ausſtellungen, als ein beifällig aufgenommenes, ſondern um-

Digitized by Google

gekehrt, wenn auch in schonender Weise, bei aller Anerkennung seines Strebens, doch als ein solches bezeichnet ist, welches des Eindruckes auf das Publicum verfehlt habe.

III. Auch das fernere eventuelle Verlangen der 4. Beschwerde, dem Kläger den Beweis nachzulassen:

> daß nach Ablauf von vier Wochen von Beginn des Engagements angerechnet, die Beklagten nicht mehr von dem im Contracte bestimmten Kündigungsrecht Gebrauch machen durften,

konnte keine Berücksichtigung finden.

pag. 10. Wie oben ausgeführt, findet diese Beschränkung in dem Wortlaut des § 9 des Contracts durchaus keinen Anhalt. Es hätte daher der Kläger behaupten müssen, daß neben dem schriftlichen Contract eine mündliche den § 9 näher bestimmende Abrede zwischen ihm und den Beklagten getroffen sei. Allein eine solche Behauptung hat er nicht aufgestellt, vielmehr in der Replik neben der oben bereits als unzutreffend bezeichneten Berufung auf die Streichung des Worts „jederzeit“, und auf das Schreiben der Beklagten vom 13. October eventualiter nur bemerkt, in eventum solle ausdrücklich behauptet werden, daß so, wie angegeben, die Meinung der Contrahenten gewesen,

[15] S. 11;

ohne geltend zu machen, daß diese Meinung unter den Parteien einen weiteren Ausdruck erhalten habe. Und auch nachdem das Obergericht diese Behauptung unter Berufung auf zutreffende
pag. 11. Präjudicate des Ober-Appellationsgerichts nicht für geeignet erklärt hatte dem Inhalt des § 9 gegenüber zum Beweise verstellt zu werden, hat der Kläger in zweiter Instanz nichts weiter geltend gemacht als wiederum das bereits besprochene Schreiben vom 13. October.

IV. Für begründet dagegen war die eventuelle Beschwerde des Klägers zu erachten, daß die Beklagten nicht mindestens verurtheilt seien, ihm das Spielhonorar vom 1. bis zum 16. November mit fünf Thalern zu bezahlen. — Zweiter Theil des Grav. II.

Digitized by Google

1) Dem Grunde des Obergerichts, daß es an jeder erforderlichen Substantiirung dieses Anspruches fehle, war nicht beizutreten. Der Kläger hatte in seiner Klage, unter Bezugnahme auf die Bestimmung des Contracts, welche ihm ein Spielhonorar von mindestens 10 Thaler per Monat zusichert, pag. 12.
neben der Gage vom 15. November 1862 bis zum 1. Mai 1863 auch das Spielhonorar vom 1. November 1862 bis zum gedachten Termine gefordert. Die Beklagten haben in ihrer Vernehmlassung ihre Verbindlichkeit, dem Kläger das Spielhonorar bis zum 16. November, bis wohin die Gage bereits berichtigt war, zu bezahlen, mit keinem Worte bestritten. Der Kläger war also gar nicht in der Lage, den Honorar-Anspruch bis zum 16. November replicando, wie das Obergericht vermeint, irgendnäher begründen zu müssen.

2) Gleich unzutreffend ist der Einwand der Beklagten, daß das Obergericht, über diesen kleinen Betrag zu erkennen gar nicht competent gewesen sei, indem ja die Competenz des Obergerichts durch den Betrag der ganzen, 300 Thaler übersteigenden Klagsumme vollkommen begründet war.

3) Materiell ist der Anspruch aber ein völlig liquider, und pag. 13.
nicht zu beachten, wenn Beklagte meinen, daß der Kläger das Honorar für den noch innerhalb der Kündigungsfrist fallenden halben Monat deshalb nicht fordern könne, weil er in dieser Zeit nicht gespielt habe. Denn nach § 5 des Contracts [6] fällt die Garantie eines Spielhonorars von zehn mal 1 Thaler per Monat nur in sofern weg, als der Engagirte durch ein von ihm ausgehendes Hinderniß am Auftreten verhindert ist. Der Grund aber, aus dem sich die Beklagten für berechtigt erachtet haben, den Kläger zu kündigen, giebt ihnen, auch wenn er sie bestimmt haben sollte, den Kläger nach seinen beiden Debütrollen gar nicht ferner auftreten zu lassen nicht das weitere Recht, ihm so lange der Contract noch lief, das garantirte Spielhonorar zu verweigern. Es war daher in pag. 14.
diesem Puncte abändernd zu erkennen und dem Kläger das fragliche Spielhonorar nebst den Zinsen vom Tage der Klage

Digitized by Google

an, zuzusprechen, und mußte als Folge hievon auch eine theilweise Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, in dem Maaße, wie im Urtheile geschehen, eintreten.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,

Sekretär.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen J. C. Cohen zu Bremen, Liquidantens und Intervenientens, jetzt Appellantens, und beziehungsweise Querulatens, wider Heinrich Luckmann zu Litzen, Interventen, jetzt Appellaten und beziehungsweise Querulanten, zur Sache des Letzteren, Liquidantens, wider den Concurscurator von Gottfried Schütt und Ferdinand Knecht in Firma Gottfried Schütt & Co. in Bremen, Liquidaten, Obligationsforderung, jetzt insbesondere Verweigerung des Suspensiveffects der Appellation betreffend, wird die Erklärung des Appellanten dem Appellaten abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt, auch den Parteien bekannt gemacht, daß die requirirten Voracten am 2. d. Mts. allhier eingegangen sind, und

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die vom Appellaten gegen das Decret des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 4. April 1864 geführte Beschwerde für statthaft zu erachten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, dieses Decret, soweit es den Antrag des Appellaten auf Versagung des Suspensiveffects der vom Intervenienten eingewandten Appellation verwirft, wieder aufzuheben und dieser Appellation auch in Beziehung auf Decisum 2 des Untergerichts-Erkenntnisses vom 2. September 1863 die Suspensiv-Wirkung zu verweigern; die durch gegenwärtige Beschwerde-

Digitized by Google

führung des Appellaten veranlaßten Kosten aber zu vergleichen seien.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 16. Juli 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Entscheidungsgründe.

pag. 2. Der Intervenient hat, nachdem seine gegen das Untergerichtserkenntniß vom 2. September 1863 gerichtete Appellation vom Obergericht durch Urtheil vom 7. März 1864 verworfen worden, gegen dieses Urtheil die Appellation eingewendet, der Intervent aber beantragt, auf Grund des § 608 der Bremischen Gerichts-Ordnung, gegen von ihm geleistete und vom Gegner eventuell für genügend erklärte Caution, jenem Rechtsmittel die Suspensivwirkung zu versagen. Diesem Antrage ist jedoch, soviel das Decis. 2. des gedachten Untergerichts-Erkenntnisses anlangt, wodurch ein vom Interventen abzuleistender Eid normirt worden, nicht Statt gegeben und hierwider von dem letzteren anher Beschwerde geführt worden. — Anlangend

I. die Statthaftigkeit dieser Beschwerde, so findet, nach
pag. 3. § 510 der Bremischen Gerichts-Ordnung, gegen Bescheide des Untergerichts, wodurch eine Verfügung wegen der Suspensivwirkung der Appellation getroffen wird — ohne Unterschied, ob die Verfügung auf Gestattung oder Versagung dieser Wirkung hinausläuft, und ob mithin der Appellant oder aber der Appelat sich durch dieselbe verletzt fühlt — eine Beschwerde beim Obergericht Statt, über deren Formen der gedachte § das Nähere bestimmt. Durch § 608 zu Anfang sind sodann hinsichtlich der Suspensivwirkung der Appellation vom Obergerichte an das

Digitized by Google

Ober-Appellationsgericht diejenigen Grundsätze für anwendbar erklärt, welche bei Appellationen von Erkenntnissen des Untergerichts gelten. Es muß also angenommen werden, daß, nach der Absicht des Gesetzgebers, nicht allein in dem durch § 116 sgd. der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht speciell vorgesehenen Falle, wenn der Appellation der Suspensiv- pag. 4.
effect versagt worden ist, eine Beschwerdeführung des Appellanten, sondern auch für den umgekehrten Fall, wenn ein Antrag auf Versagung der Suspensivwirkung verworfen worden ist, eine Beschwerdeführung des Appellaten beim Ober-Appellationsgerichte, wie erforderlich, so auch gestattet sein soll. Die Förmlichkeiten dieser Beschwerdeführung können aber nicht die in § 510 cit. vorgeschriebenen, nur beim Obergerichte anwendbaren sein, sondern es kann die Beschwerde nur nach Analogie derjenigen Bestimmungen behandelt werden, welche in der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht in Beziehung auf die Beschwerde des Appellanten über versagten Suspensiveffect getroffen sind. Diesen Bestimmungen aber ist, soweit sie überhaupt in einem Falle der vorliegenden Art zur Anwendung kommen können, genügt. Die Beschwerde ist innerhalb der pag. 5.
vierwöchigen Frist des § 117 eingebracht und mit derselben, nach § 118, sowohl die beschwerende Verfügung als das (vom Gegner) angefochtene Erkenntniß vorgelegt, während von Aufstellung der Beschwerden in der Hauptsache Seitens des Appellaten nicht die Rede sein kann.

II. Die Beschwerde mußte aber auch für begründet erachtet werden. Nach § 608 der Bremischen Gerichts-Ordnung kann der Appellat, außer den § 496 bezeichneten Fällen, auch dann bei dem Obergericht auf Versagung der Suspensivwirkung gegen Cautionsleistung antragen, wenn durch die Entscheidung gegen welche appellirt wird, das Erkenntniß erster Instanz bestätigt ist. Diese Vorschrift läßt nicht etwa die Auslegung zu, als solle es, wenn die gedachte Voraussetzung vorliegt, noch pag. 6.
zum freien richterlichen Ermessen stehen, ob, je nach Maßgabe der Umstände des einzelnen Falles, die Suspensivwirkung zu

Digitized by Google

versagen oder zu gestatten sei; sondern gewährt, wie vom Ober-Appellationsgericht bereits anerkannt ist:

Entsch.-Gr. zum Urth. vom 21. Juli 1828 in Sachen Donop w. Schneideramt.

dem Appellaten ein Recht auf Versagung des Suspensiv-effects, welches durch weiter Nichts bedingt ist, als das Vorliegen conformer Entscheidungen, die Stellung eines bezüglichen Antrags und Leistung genügender Caution, und keine andere Ausnahme zuläßt, als die des § 498, wenn nämlich aus dem Fortgange der Sache, bei einer künftigen Abänderung des Urtheils, ein unersetzlicher Nachtheil entstehen würde. Die richter-
pag. 7. liche Cognition hat sich also im gegenwärtigen Falle, wo über die Existenz jener allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen kein Zweifel obwaltet, darauf zu beschränken, ob ein Ausnahmefall der zuletzt gedachten Art hier gegeben ist. Dies aber muß verneint werden.

Nachdem Intervenient, zur Erbringung des unter II. 4 des Untergerichtserkenntnisses vom 15. April 1863,

U.-Ger.-Act. [56]

ihm auferlegten Beweises in seiner ersten Alternative, die Eidesdelation zur Hand genommen, ist nur noch darüber Streit zwischen den Parteien, ob der Eid in der durch Decis. 2. des Untergerichts-Erkenntnisses vom 2. September 1863 aufgestellten Fassung auszuschwören oder bei Formulirung desselben auch auf den Zeitpunct der Auszahlung des fraglichen Darlehens
pag. 8. Rücksicht zu nehmen sei. Würde Intervent nun auch gegenwärtig — wozu er erbötig ist und zugelassen zu werden verlangt — den von ihm acceptirten Eid so, wie derselbe durch die conformen Erkenntnisse beider vorigen Instanzen normirt ist, ausschwören, später aber, nach Maßgabe oder in Folge der einen oder andern der intervenientischen Appellationsbeschwerden, dem Eide eine andere, den Zeitpunct der Auszahlung des Darlehens mit umfassende Formel gegeben werden, so würde in Folge dieser Abänderung des angefochtenen Urtheils die jetzt erfolgende Eidesleistung zwar als eine überflüssige sich herausstellen; es würde aber der neu zu leistende Eid mit dem

Digitized by Google

bereits geschworenen in keiner Weise in Widerspruch treten, aus der Thatsache der geschehenen Eidesleistung also so wenig ein rechtliches Hinderniß als ein sonstiges Bedenken gegen die Zulassung eines weiteren, nach Maßgabe der modificirten Formel zu leistenden Eides erwachsen. Und wenn auch da, wo ein pag. 9.
freies richterliches Ermessen über den zu gewährenden Suspensiveffect obwaltet, schon die bloße Möglichkeit einer überflüssigen Eidesleistung ein vollkommen ausreichendes Motiv abgeben würde, den Fortgang der Sache bis zur rechtskräftigen Feststellung der Eidesformel zu suspendiren, so genügt dieselbe doch nicht, um den vorliegenden Fall als einen solchen ansehen und abhandeln zu können, wo eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel des § 608, nach Maßgabe des § 498, Platz zu greifen hätte.

Es mußte sonach, auf den vom Interventen gestellten Antrag, der Appellation des Intervenienten auch in Betreff des Decis. 2 des Untergerichts-Erkenntnisses vom 2. Septbr. 1863 die Suspensivwirkung versagt werden, und waren, bei begründet befundener Beschwerde, die durch dieselbe veranlaßten Kosten zu pag. 10.
vergleichen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Martin Heinrich Bohne in Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Heinrich Tönnies uxor. non. Meta geb. Schriefer (rectius Schriever) zu Wolfenbüttel, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend, (App. II.)

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem dem Beklagten gegen die eingetretene Versäumung der Einführungsfrist Restitution ertheilt ist, für berichtigt anzunehmen, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 22. Juni 1863, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern, daß der Beklagte den Betrag von 664 Thaler Gold erst vom 14. Juni 1858 an mit fünf von Hundert zu verzinsen schuldig sei.

Die Kosten dieser Instanz, soweit über dieselben nicht bereits erkannt ist, hat der Beklagte zu zwei Dritteln zu tragen, beziehungsweise dem Kläger zu erstatten, wohingegen dieselben zu einem

Digitized by Google

Drittel compenſirt werden: und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Juli 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Entſcheidungsgründe.

Die Appellation der Beklagten war ſoweit ſie

I. die erkannte Verwerfung ſeines Rechtsmittels der Reſtitution zum Gegenſtande hat (Grav. 1 bis 4) für unbegründet pag. 2.
zu befinden.

A. Auch bei dem Rechtsmittel der Reſtitution, welches nach der Auffaſſung der Reichsgeſetze eine Art der prätoriſchen Reſtitution iſt, leidet der Grundſatz Anwendung: non negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis,

L. 16. D. ex quibus causis majoris

wie das auch vom Ober-Appellationsgerichte bereits wiederholt und unter andern auch in der Bremiſchen Rechtsſache

Kropp c. Kropp 1840

ausgeſprochen iſt.

Nun hat ſich der Beklagte zwar zu dem Eide erboten wie ihn § 535 der Bremiſchen Gerichts-Ordnung fordert, daß er die producirten neuen Zeugen erſt innerhalb der letzten acht Wochen vor Einwendung des Rechtsmittels entdeckt habe. Er kann aber mit dieſem Eide nicht zugelaſſen werden, da es nach den Umſtänden und nach dem, was er ſelbſt angiebt, klar iſt, pag. 3.
daß es nur an ihm ſelbſt gelegen, wenn er ſie nicht früher entdeckt hat. Alle neuen Zeugen bis auf den ſiebenten, welcher nur ein höchſt unerheblicher testis de auditu, ſollen nach den Beweisartikeln in Beihalt des Directorium zu der betreffenden

Digitized by Google

Zeit, von 1846 bis 1853, in der Cigarrenfabrik des Beklagten angestellt gewesen sein.

O.-Ger.-Act. [57]

Die Namen dieser Zeugen waren also dem Beklagten bekannt, da nach seinem eigenen Anführen sämmtliche Arbeiter in den Büchern der Fabrik ihre Conto's hatten, wie ein solches, die klägerische Ehefrau betreffendes selbst von ihm beigebracht ist.

Ebendas. [18]

Wie er nun am 22. November 1858 die ihm auferlegten Beweise durch andere in seiner Fabrik angestellt gewesenen Personen angetreten hat, so darf man mit Recht annehmen,
pag. 4. daß, wenn er sich irgend darum bemühet hätte, er, falls nicht schon damals, doch in den seitdem bis zur Definitivsentenz vom 26. Mai 1862 abgelaufenen $3\frac{1}{2}$ Jahre die jetzt denominirten Zeugen ebenfalls hätte produciren können. Es giebt aber auch der Beklagte selbst an, daß er erst „in letzter Zeit“ bemüht gewesen sei, die zu der relevanten Zeit bei ihm in Arbeit gewesenen Sortirer und Sortirerinnen aufzusuchen. Mithin können die neuen Zeugen für testes noviter reperti im rechtlichen Sinne nicht gelten.

B. Wie mit solcher Zulassung neuer Zeugen post apertos rotulos wegen Besorgniß der Subornation

Clem. 2. de testibus

vom Richter mit großer Vorsicht zu verfahren ist, so muß namentlich der Umstand als ein verdächtiger und mithin der Zulassung entgegenstehender betrachtet werden, wenn der Beweisführer es unterlassen hat, näher anzugeben, wie er zur Auf-
pag. 5. findung der neuen Zeugen gelangte. Nun erscheint es aber höchst auffallend, und ohne eine supina negligentia kaum erklärlich, daß, während Beklagter durch seine früheren innerhalb der Beweisfrist producirten Fabrikarbeiter den ihm auferlegten Beweis nur bis zum Reinigungseide hat erbringen können, er nun plötzlich sieben andere Zeugen aufgefunden haben, und mit diesen den Beweis vollständig erbringen will, ohne irgend näher anzugeben, was ihn zu dieser wichtigen Entdeckung geführt hat.

Digitized by Google

Endlich aber

C. kommt gegen die Zulassung dieser Zeugen entscheidend in Betracht, daß sie über dieselben Thatsachen, ja im wesentlichen über dieselben Artikel aussagen sollen, über welche bereits die früheren Zeugen abgehört sind, was nach eröffnetem Zeugenrotule bekanntlich unzulässig ist,

Cap. 17 x de testibus
Clem. 2. cod.

und zwar auch bei testes noviter reperti und ebensowohl pag. 6.
wenn sie durch das Rechtsmittel der Restitution, als wenn sie kraft des beneficium novorum geltend gemacht werden, wie das Ober-Appellationsgericht sich auch hiefür bereits wiederholt und namentlich in Bremischen Rechtssachen ausgesprochen hat.

Bruhn Sammlung von Entscheidungen in Lübecker Rechtssachen I. S. 250.
Kropp c. Kropp 1840.
Plate c. Schumacher 1858.

II. Völlig unbegründet ist ferner die Beschwerde des Beklagten, daß der im Beweisinterlocute vom 11. October 1858 [13] unter III. 2 ihm auferlegte Beweis:

daß er der Ehefrau des Klägers außer der Lohnzahlung Vorschüsse im Betrage von 300 Thaler oder wieviel weniger gemacht habe,

für verfehlt und nicht vielmehr

1) wie principaliter verlangt wird, für vollständig ge- pag. 7.
führt erkannt sei.

Denn nach dieser Beweisauflage sollte der Beklagte seine Behauptung wahrmachen, daß er der Ehefrau des Klägers nicht nur ihren bedungenen Lohn soweit verdient vollständig bezahlt, sondern ihr auch sogar noch Vorschüsse auf den Lohn gemacht habe, aus welchen sie ihm 300 Thaler schulde. Hat nun der Beklagte bis auf die vom Kläger im Laufe des Beweisverfahrens als empfangen zugestandenen 336 Thaler selbst die Bezahlung des schuldigen Lohns nur bis zum Reinigungseide beweisen können, wie dies rechtskräftig feststeht, so folgt daraus, wie dieß auch schon vom Ober-Appellations-

Digitized by Google

gerichte in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 27. Januar 1862 ausgesprochen ist, mindestens soviel, daß eine über die Lohnschuld hinaus geleistete Zahlung
pag. 8. ebenso wenig bewiesen ist: und die völlig unzutreffenden Bemerkungen des Beklagten über den in einzelnen Zeugen-Aussagen gebrauchten Ausdruck „Vorschuß“ verdienen schon als Kritik der Entscheidungsgründe zu jenem rechtskräftigen Erkenntnisse gar keine Beachtung.

Allein auch

2) insofern die Beschwerde eventuell dahin geht, den Kläger schuldig zu erkennen, sich über die Eideszuschiebung zu erklären, ist sie eine unbegründete. Denn nachdem der Kläger den ihm auferlegten Reinigungseid, daß seiner Ehefrau auf deren Lohnforderung nicht mehr als 336 Thaler bezahlt seien, abgeleistet hat, steht von dem, was dem Beklagten zu beweisen oblag, daß er der Ehefrau des Klägers außer ihrem verdienten Lohn noch 300 Thaler auf denselben vorschußweise bezahlt habe, das directe Gegentheil als vollständig bewiesen formell fest, und so hat das Obergericht nach der den gemeinrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Bestimmung des § 175 der Brem. Ger.-
pag. 9. Ordn. mit vollem Rechte auf den event. deferirten Eid nicht erkannt.

Dagegen war

III. die Beschwerde über die Verurtheilung in Verzugszinsen seit dem 1. Mai 1853 als eine begründete anzuerkennen.

Man kann die Frage, ob, wenn ein dies certus solutionis verabredet worden ist, die Regel, dies interpellat pro homine unter allen Umständen eintrete, hier ganz unerörtert lassen, da ein solcher dies in Beziehung auf die Lohnforderung der klägerischen Ehefrau nicht vorliegt. Kläger will ihn zwar durch die Behauptung begründen, daß in der Fabrik des Beklagten die Arbeiter wöchentlich abgelohnt worden seien, mithin jedenfalls beim Ende der Dienstzeit der klägerischen Ehefrau die mora der Beklagten ohne Weiteres vorhanden gewesen sei. Allein dies ist deßhalb unzutreffend, weil der Kläger nirgends
pag. 10. zu behaupten vermocht hat, daß seiner Ehefrau vom Beklagten

Digitized by Google

eine wöchentliche Lohnzahlung, sondern nur, daß ihr versprochen sei, sie solle wöchentlich wenigstens 4 Thaler nebst freier Kost in seinem Hause erhalten,

O.-Ger.-Act. [5] S. 2.

Kläger auch selbst anführt, daß seine Ehefrau den Lohn des ersten Jahres bei dem Beklagten habe stehen lassen und eine Bescheinigung des Letzteren beigebracht hat, welche auf einen ihr zustehenden Jahreslohn von 200 Thaler lautet:

Ebendas. [8]

Um eine mit dem 1. Mai 1853 eingetretene Mora des Beklagten hinsichtlich der bis dahin unberichtigt gebliebenen Lohnzahlung anzunehmen, hätte also behauptet und bewiesen sein müssen, daß an diesem Tage Beklagter zur Zahlung aufgefordert worden sei, und das ist nicht geschehen. In der Replik, wo der Kläger zuerst die Lohnforderung geltend gemacht, hat er gar keine Mahnung behauptet, sondern erst in der Erwiede- pag. 11.
rung auf die vom Beklagten in der Duplik vorgeschützte Einrede der zweijährigen Verjährung nach Braunschweigischem Rechte die ganz unbestimmte Replik vorgebracht, daß diese Verjährung, wenn rechtlich begründet, eventuell durch die wiederholt und mindestens innerhalb der zwei Jahre erfolgte Mahnung unterbrochen sein würde,

Ebendas. [11] S. 3.

welcher Behauptung der Beklagte seinerseits bestimmt widersprochen hat.

Ebendas. [12] S. 2.

Mann kann es daher dahingestellt sein lassen, ob, da eine Lohnforderung von 1000 Thaler eingeklagt und in Beziehung auf diese die Mahnung behauptet ist, im Laufe des Beweisverfahrens aber eine Zahlung von 336 Thaler hat eingeräumt werden müssen, die Mahnung, weil auf ein Zuviel gerichtet, überall geeignet gewesen, den Beklagten im Verzug zu versetzen.

Das Obergericht glaubt zwar die Zuerkennung der Ver- pag. 12.
zugszinsen dadurch rechtfertigen zu können, daß in dem Interlocute vom 11. October 1858 der ganze Ausgang des Rechtsstreits hinsichtlich der Lohnforderung von 1000 Thaler nebst

Digitized by Google

Verzugszinsen lediglich von dem dem Beklagten darin auferlegten Beweise abhängig gemacht sei. Allein dieß mußte für bedenklich erachtet werden. Denn das Geständniß des Beklagten, in Folge dessen dem Kläger kein Beweis der Lohnforderung auferlegt worden ist, ging nur dahin, daß der Lohn der klägerischen Ehefrau für die angegebene Dienstzeit die Summe von 1000 Thaler erreicht habe, während er, wie bereits bemerkt, eine erfolgte Mahnung leugnete. Folglich ist nicht anzunehmen, daß im Beweisinterlocute, welches der Zinsen überall nicht gedenkt, implicite für den Fall des nicht geführten Zahlungsbeweises auch über die Verzugszinsen schon eventuell rechts-
pag. 13. kräftig erkannt sei. Vielmehr gehört, gleich den Kosten, auch der Zinsenpunct zu demjenigen worüber im Interlocute die fernerweite Entscheidung noch vorbehalten ward.

Es waren deshalb dem Kläger nur die Proceßzinsen von 664 Thaler vom 14. Juni 1858, als dem Tage der verhandelten Replik, zuzuerkennen; und mußte in Folge dieser theilweisen Abänderung des vorigen Erkenntnisses auch über die Kosten dieser Instanz so, wie im Urtheile geschehen, erkannt werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Diedrich Anton Adolph Robbe zu Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Heinrich Hermann Emil Stoll zu Hamburg, Klägern, jetzt Appellaten, Salairforderung, jetzt Beweis betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. December 1863 aus den zu demselben gegebenen Entscheidungsgründen zu bestätigen, und der Appellant in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Handesgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 13. Sept. 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen B. van der Beck in Antwerpen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Melchers Gebrüder & Co. in Bremen, Beklagte, jetzt Appellaten, eine Schadenforderung von 10,906 Holl. Gulden betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 12. October 1863, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 15. Sept. 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Wenn der Kläger seine, die Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkentnisses vom 8. December 1862 bezielende Beschwerde

A., damit zu rechtfertigen versucht, daß das Obergericht schon processualisch durch den Mangel eines dahin gerichteten pag. 2.
gravamen der Beklagten behindert gewesen sei, dem Kläger, den im angefochtenen Erkenntnisse ersichtlichen Beweis aufzulegen, so war dieser Grund für zutreffend nicht zu erachten.

Zwar ist es richtig, daß die von den Beklagten in voriger Instanz ihrer, auf Abweisung der Klage gerichteten Principalbeschwerde hinzugefügten eventuellen nicht auf die jetzt erkannte Beweisauflage gerichtet sind und daß diese sich zu Letzteren auch nicht als ein minus verhält. Indessen würde, wie auch das Oberappellations-Gericht schon wiederholt erkannt hat, dieser Umstand das Obergericht nur dann haben hindern können, so, wie geschehen, zu erkennen, wenn aus der Stellung der Beschwerden der Beklagten hervorginge, daß die dem Kläger gemachte weitere Beweisauflage nicht in ihrer Absicht gelegen habe. Dies läßt sich aber durchaus nicht annehmen. pag. 3.
Denn die Principalbeschwerde der Beklagten in voriger Instanz beruhte, soviel jetzt in Betracht kommt, auf der Annahme, es liege schon das Gegentheil des vom Kläger Behaupteten als bewiesen vor, nämlich, daß der mexikanische Verkäufer in seinem mit dem dortigen Hause der Beklagten geschlossenen Contracte von Anfang an sich das Wahlrecht bedungen habe, das Rothholz entweder in Altata oder in Piastla zu liefern. Mithin läßt sich unmöglich behaupten, er habe für den Fall, daß das Obergericht diesen Gegenbeweis noch nicht als in den Acten liegend annehmen sollte, nicht ihrem Willen entsprochen, daß dem Kläger noch erst der Beweis seiner Behauptung, wie vom Obergerichte geschehen auferlegt werde.

Digitized by Google

B., Auch in der Sache selbst gereicht diese Beweisauflage dem Kläger nicht zur Beschwerde. Derselbe meint zwar,

1., sie sei deshalb überflüssig, weil das mexikanische Haus
pag. 4. der Beklagten schon nach dem Ordrebriefe des Klägers vom 24. Juni 1858 im Beihalt der von ihnen angegebenen Preisverhältnisse verpflichtet gewesen sei, ihm Altata-Holz zu liefern.

Allein mit Recht hat das Handelsgerichts-Erkenntniß, auf dessen Wiederherstellung der Kläger anträgt, und in Uebereinstimmung damit das Obergericht angenommen, daß bloß auf die Einkaufscommission vom 24. Juni gesehen, dem Hause der Beklagten aus der Abladung von Piastla kein Vorwurf gemacht werden könne. Denn der gedachte Brief des Klägers überläßt es den Commissionären, das Rothholz an irgend einem passenden Küstenplatze, wo das Schiff ohne Schwierigkeit laden könne, und wo unter Berücksichtigung (d. h. nach Verhältniß) der Qualität am billigsten anzukommen sei, zu kaufen. Eine nähere Instruction ward nur insofern ertheilt, als der
pag. 5. Kläger hinzufügte, daß, falls der Preis in Mazatlan oder Altata mehr, als 2—3 Realen pr. Quintal, höher sei, als für Ypala oder dem gleichstehende (geringere) Gattungen, dann letzterer der Vorzug zu geben sei. Hiernach waren also die Commissionäre, insofern das Altata-Holz nur zwei Realen höher stand als Ypala-Holz, was nach ihrem Briefe vom 26. August der Fall war und der Kläger nicht bestreitet, zwar nicht berechtigt Letzteres, dagegen allerdings befugt aber keineswegs verpflichtet, grade in Mazatlan oder in Altata zu kaufen; sondern kraft des allgemeinen zunächst ertheilten Auftrags durften sie an einem anderen Küstenplatze Holz ankaufen und abladen lassen, wenn es nur nicht von den schlechteren, dem Ypala-Holz gleichstehenden Gattungen war. Nun hat zwar der Kläger behauptet, das gelieferte, in Piastla abgeladene Holz gehöre gerade zu diesen schlechteren Gattungen. Allein es
pag. 6. ist dies völlig unerwiesen. Folglich haben die vorigen Gerichte mit Recht erkannt, daß der Kläger, bloß auf seinen Auftrag gesehen, kein liquides Recht auf Altata-Holz habe und daher aus diesem Grunde gegen die Abladung von Piastla-Holz nichts

Digitized by Google

einwenden könne, und er kann dies um so weniger als der Chef des beklagtischen Hauses ihm den Preis des Altata-Holzes zu $2^1/_8$ $ oder 17 Realen pr Quintal angegeben hatte, das Piastla-Holz ihm aber nur zu 16 Realen berechnet ist.

2. Der zweite Grund des Klägers, die Commissionäre seien jedenfalls dadurch, daß sie in dem Briefe vom 26. August dem Kläger erklärt hätten, Altata-Holz gewählt zu haben, nunmehr ihm gegenüber daran gebunden gewesen, so daß sie nicht mehr Piastla-Holz hätten abladen dürfen, hat bereits in den Entscheidungsgründen des Obergerichts eine so ausreichende pag. 7.
Widerlegung gefunden, daß es genügend erscheinen mußte, darauf zu verweisen. Und wenn endlich

3. der Kläger meint, es liege bereits jetzt in der Correspondenz erwiesen vor, daß die Comissionäre ursprünglich wirklich über Altata-Holz contrahirt, und erst später dem Verkäufer gestattet hätten, für denselben Preis Piastla-Holz abzuladen, so verdient auch dieser Grund kaum eine weitere Widerlegung, als er bereits gefunden.

In ihrem Briefe vom 26. August 1858 nämlich schreiben Melchers, Hermanos & Co.:

> Der Brabo wird, nach seinem register zu urtheilen, circa 5000 Quintal Holz laden, und haben wir dieses Quantum bereits in Altata contrahirt.

Und um dem Kläger genaue Auskunft zu geben, wie sie pag. 8.
contrahirt haben, theilen sie ihm in einem Duplicate eben dieses Schreibens die Copie ihres Kaufcontracts in einem Briefe des Verkäufers mit.

Wenn es nun in diesem Briefe des Verkäufers heißt:

> Wir sind mündlich mit Ihnen übereingekommen, Ihnen 5—6000 Quintal Rothholz zu verkaufen, in Altata oder Piastla auf das von Ihnen erwartete Schiff zu liefern ꝛc.

so kann man zwar zugeben, daß die Commissionäre sich etwas ungenau ausgedrückt haben. Schwer begreiflich ist es aber, wie, da der Verkäufer in diesem Briefe gerade den Inhalt des mündlich Abgeschlossenen wiedergeben will, der Kläger behaupten

Digitized by Google

mag, es liege in eben diesem Briefe der Beweis vor, daß eine mündlich begründete obligatio simplex in Altata zu liefern, später durch einen schriftlichen Contract in eine obligatio al-
pag. 9. ternativa abgeändert sei, in Altata oder Piastla zu liefern.

Könnte man aber auch solchen Beweis in der Correspondenz finden, so würde es doch selbst dann den richtigen und constant vom Oberappellations-Gerichte befolgten proceßualischen Grundsätzen entsprechen, um den Beklagten den Gegenbeweis nicht abzuschneiden, so wie vom Obergerichte geschehen noch erst förmlich auf Beweis zu erkennen.

War sonach in der Hauptsache confirmatorisch zu erkennen, so hatte das Gleiche auch wegen der Kosten zweiter Instanz zu geschehen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekretär.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Eduard Büsing zu Bremen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Gebrüder Nielsen daselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, einen Handel über Reis betreffend, Causa I.,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 24. November 1862, wie hiemit geſchieht, zwar im Uebrigen zu beſtätigen, jedoch dahin abzuändern, daß der den Beklagten in dem Handelsgerichts-Erkenntniſſe vom 27. Januar 1862 sub 2 b auferlegte Beweis nur für den Betrag von 48 Groten per 100 Pfd. der ſtreitigen Partie Reis als geführt, im Uebrigen aber als nicht geführt anzunehmen, Kläger daher mit der erhobenen Klage nur ſoweit ſie dieſe 48 Grote per 100 Pfd. betrifft, ſo wie wegen 50 Pfd. Gewichtsdifferenz abzuweiſen ſei.

Die Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz werden zu einem Viertheil compenſirt, in

Digitized by Google

die übrigen drei Viertheile aber der Kläger verurtheilt und die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Septbr. 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Entscheidungsgründe.

I. Die fünf ersten Beschwerden beziehen sich auf den unter 2 a des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 27. Januar 1862 den Beklagten auferlegten Beweis:

pag. 2. daß und inwiefern die streitige vom Kläger den Beklagten gelieferte Partie Reis von der Verkaufsprobe abfalle.

Die beiden vorigen Gerichte, indem sie davon ausgehen, daß es lediglich auf eine Vergleichung des gelieferten Reises in seiner dermaligen Beschaffenheit mit der Probe ankomme, erachten diesen Beweis durch das Gutachten der Sachverständigen in [27] der Hand.-Ger.-Acten N. Nr. 116 für erbracht. Kläger dagegen sieht es als die Aufgabe der Beklagten an, eine solche Abweichung der gelieferten Waare von der Probe darzuthun, die nicht erst durch Seebeschädigung oder Erhitzung während des Transports herbeigeführt worden, sondern bereits zur Zeit der Abladung vorhanden gewesen sei. Das Gutachten der Sachverständigen erkläre nun freilich, daß der gelieferte Reis hinsichtlich der Farbe von der Probe abfalle, spreche aber
pag. 3. zugleich aus, daß derselbe ganz den Anschein und den Geruch einer auf der Reise von Ostindien erhitzten Waare, — daß er, allem Anscheine nach, auf dem Transporte durch Erhitzung ge-

Digitized by Google

litten habe. Hiernach fehle es nicht allein an dem Beweise einer ursprünglichen Qualitätsdifferenz, sondern es müsse angenommen werden, daß eine Abweichung der gelieferten Waare von der Probe nur durch Erhitzung derselben auf der Reise herbeigeführt worden; sei also grade das Gegentheil des von den Beklagten zu erbringenden Beweises dargethan. Der Strenge des Rechts nach wären demnach Beklagte zur Bezahlung des vollen Kaufpreises nach Maßgabe der Klagbitte zu verurtheilen gewesen; wogegen er, Kläger, jedoch, mit Rücksicht auf den hervorgehobenen Inhalt des Gutachtens, bereit sei, denselben die Wahl zwischen jener Zahlung und Zurückgabe der Waare resp. Auskehrung des Provenüs derselben zu gestatten. Eventuell pag 4.
würde es noch einer Vervollständigung des Gutachtens bedürfen, oder doch jedenfalls dem Kläger das Recht, statt Vergütung der Preisdifferenz, die Waare zurückzunehmen, zugestanden werden müssen.

Zur Motivirung seiner vorgetragenen Ansicht über die Bedeutung des Beweissatzes hat Kläger sich darauf berufen, daß die Schlußnote, nach welcher der in Streit befindliche Reis verkauft worden, in Beziehung auf die Mangelhaftigkeit der Waare eine doppelte Clausel enthalte, nämlich:

1) „Qualität garantiren die Verkäufer nach versiegelter Probe und vergüten die Differenz in der Qualität, falls die Waare abfällt, und:

2) Seebeschädigung oder erhitzte Waare wird ebenfalls vergütet oder zurückgenommen."

Für den Fall einer Verschlechterung in Folge der Seereise pag. 5.
habe sich Kläger durch die Clausel unter 2 ein Wahlrecht zwischen Vergütung der Preisdifferenz und Zurücknahme der Waare vorbehalten; es könne also bei der Clausel unter 1, wodurch er eine unbeschränkte Verpflichtung zur Vergütung der Preisdifferenz übernommen, nur die ursprüngliche Qualität in Betracht kommen und die Garantie sich nur darauf beziehen, daß der Reis, abgesehen von nachtheiligen Einflüssen der Reise, mit der Probe übereinstimme. — Die Beklagten hätten nun ihre Vertheidigung gegen die auf Zahlung des vollen Kaufpreises

Digitized by Google

gerichtete Klage nur auf die Clausel unter 1 gegründet, also lediglich behaupten wollen und behauptet, daß der Reis schon seiner ursprünglichen Qualität nach, wie sie zur Zeit der Verschiffung bestanden, und abgesehen von den nachtheiligen Einflüssen der Reise, von der Probe abweiche. Sei dies aber der Sinn der Einrede, so könne auch der den Beklagten darüber
pag. 6. auferlegte und an den Wortlaut der ersten Clausel sich anschließende Beweis nur in eben diesem Sinne verstanden werden.

Wäre bei Auslegung des in Frage stehenden Beweissatzes auf die eigentliche Bedeutung und das wahre Verhältniß der beiden in der Schlußnote enthaltenen Clauseln zurückzugehen, so würde für das vom Kläger vertretene Verständniß derselben allerdings Vieles sich sagen lassen, und muß anerkannt werden, daß solchenfalls von einer versäumten Replik nicht die Rede sein könnte, vielmehr die aus dem Gutachten der Sachverständigen sich ergebenden Zweifel darüber, ob die Waare schon ihrer ursprünglichen Qualität nach von der Probe abgefallen und nicht vielmehr die Differenz lediglich durch Erhitzung während der Reise herbeigeführt worden, Berücksichtigung finden müßten, und sonach jedenfalls der den Beklagten obliegende Beweis für bereits erbracht nicht erklärt werden könnte. Allein
pag. 7. der Satz, daß eine Beweisauflage dem Rechte gemäß zu interpretiren sei, findet nur in soweit Anwendung, als über die wahre Intention derselben Zweifel obwalten; es muß also von dessen Anwendung dann abstrahirt werden, wenn aus dem Interlocute und dessen Entscheidungsgründen selbst resp. der ganzen Sachlage der concrete Wille des interloquirenden Richters mit genügender Bestimmtheit sich ergiebt. Ein solcher Fall aber liegt gegenwärtig vor. Es kann nach allen in Betracht kommenden Umständen nicht bezweifelt werden, daß das Handelsgericht mittelst der fraglichen Beweisauflage nicht eine Unprobemäßigkeit des Reises zur Zeit der Verschiffung hat zu Beweis verstellen, sondern nur auf die Qualität der Waare zur Zeit der Lieferung oder — was als practisch auf dasselbe hinauskommend angesehen wurde — zur Zeit der durch die

Digitized by Google

Sachverständigen vorgenommenen Untersuchung hat gesehen pag. 8.
wissen wollen. Hierfür spricht

A. schon der Wortlaut des Beweissatzes:

daß — — die streitige *gelieferte* Partie Reis von der Verkaufsprobe *abfalle*;

dieser Wortlaut des Beweissatzes würde eine Beziehung, nicht auf die gegenwärtige, sondern auf die ursprüngliche Beschaffenheit der Waare nur dann zulassen, wenn man dem Ausdrucke „Abfallen von der Probe" schon an sich und unter allen Umständen die Bedeutung beizulegen hätte, daß er die Berücksichtigung von Deteriorationen ausschließe — eine durch Seebeschädigung oder Erhitzung verschlechterte Waare überhaupt nicht eine „von der Probe abfallende" genannt werden könnte. Dies ist aber nicht der Fall. Eine in Folge von Seebeschädigung oder Erhitzung verschlechterte Waare wird an sich grade so gut eine von der Probe abfallende genannt werden müssen, als pag. 9.
eine aus anderen Gründen mangelhafte, und man kann zu dem vom Kläger vertretenen beschränkteren Verständnisse im vorliegenden Falle nur durch den Gegensatz gelangen, in welchen in der Schlußnote das „von der Probe fallen" zu der Seebeschädigung und Erhitzung der Waare gesetzt ist. Das Beweisinterlocut abstrahirt aber von diesem Gegensatze und kann daher jener Ausdruck nur in der an sich ihm zukommenden Bedeutung genommen werden.

B. Daß dies auch wirklich die Meinung gewesen, indem das Gericht — und zwar in voller Uebereinstimmung mit beiden Parteien — von der Ansicht ausgegangen ist: es genüge zur Anwendung der ersten Clausel auf das vorliegende Vertragsverhältniß, wenn nur die Unprobemäßigkeit der Waare zur Zeit der Lieferung resp. angestellten Vergleichung dargethan werde, das ergiebt sich aus den Vor-Verhandlungen auf das Unzweifelhafteste.

a. Die Beklagten haben sich in ihrer Vernehmlassung auf pag. 10.
die Klage in den Handelsgerichts-Acten B. Nr. 896 nur darauf berufen, daß der Reis, als er in Bremen angekommen, der Probe nicht entsprochen habe, und die Probemäßigkeit deshalb

Digitized by Google

geleugnet, weil die Waare an Korn kleiner und an Farbe gelber sei. Die Behauptung, daß der Reis zur Zeit der Verladung probewidrig gewesen, ist von ihnen gar nicht aufgestellt worden. Ebenso bezog sich die Antwort des Klägers in der Replik lediglich auf die Gegenwart. Er leugnete, „daß der Reis abfällt von der Probe — — besonders, daß er gelber fällt;“ ja er fügte, wegen der nicht ganz in Abrede zu stellenden gelben Farbe, eine Erklärung hinzu, welche zeigte, daß er diese Verschiedenheit keineswegs einer auf der Reise vorangegangenen Veränderung zuschrieb. Der Probe-Reis sei aus voriger
pag. 11. Saison gewesen, der eine weißere, aber etwas kranke Farbe habe, „während die Münsterladung neuer Reis mit einem gelblichen Anstrich ist.“ — Wenn nun das Handelsgericht die Einrede weder als nicht zureichend substanziirt abwies, noch auch dahin erläuterte, daß dieselbe auf die Beschaffenheit des Reises vor der Abladung zu beziehen sei, sondern den Beweissatz einfach so wie geschehen aufstellte, so hat es schon dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben, daß auch es nur auf die Beschaffenheit der Waare zur Zeit der Lieferung Gewicht lege, und das Recht der Beklagten, auf Grund der ersten Clausel Preisminderung zu fordern, schon dann als begründet ansehe, wenn der gelieferte Reis auch nur zu jener Zeit von der Probe abgewichen sei.

b. Diese Auffassung war denn auch bei der damaligen Sachlage ganz erklärlich. Es kommen hier die Verhandlungen in Betracht, welche in den Handelsgerichts-Acten N. Nr. 116
pag. 12. Behufs Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse Statt gefunden haben, indem diese dem Klagverfahren vorhergingen, und in letzterem nicht nur die Parteien sich darauf bezogen, sondern das Handelsgericht sogar in einem eigenen Bescheide das Beweisinterlocut bis zu beendigter Beweisaufnahme aussetzte, so daß erst, nachdem bereits die Vergleichung des gelieferten mit dem Probereise durch die Sachverständigen vorgenommen und ihr deshalbiges Gutachten zu den Acten gegeben war, der gegenwärtig in Frage stehende Beweissatz aufgestellt worden ist. In jenen Beweisaufnahme-Verhandlungen

Digitized by Google

nun sind zunächst die Parteien-Behauptungen, nur etwas umständlicher, ganz dieselben wie in dem späteren Processe. Von dem Zustande zur Zeit der Verladung ist auch hier nicht die Rede. Die Beklagten sprachen die Besorgniß aus, ein längeres Warten könne die Untersuchung beeinträchtigen; Kläger erwiderte: der Reis verschlechtere sich in kurzer Zeit nicht we- pag. 13.
sentlich, wäre es aber der Fall, so würde der Nachtheil jedenfalls auf seiner Seite sein, denn die Probe befinde sich in einer versiegelten Flasche, die Partie dagegen stehe frei. Er ging also offenbar davon aus, daß die Vergleichung des gegenwärtigen Zustandes das allein Entscheidende sein werde.

Dazu kommt die auf Antrag des Klägers getroffene Vereinbarung, daß eine aus 100 Säcken genommene Durchschnitts-Partie bei der Untersuchung der Sachverständigen die Stelle der Waare vertreten solle. Kläger selbst hat später mit vollem Rechte erklärt: dieses Verfahren wäre gänzlich ungeeignet gewesen, wenn Erhitzung des Reises in Frage gestanden hätte, weil dabei fast jeder Sack von dem andern abweiche. Folglich kann es aber auch nicht die Absicht gewesen sein, durch die Sachverständigen ermitteln zu lassen, ob und inwiefern zwischen dem jetzigen Zustande der Waare und dem zur Zeit der Ver- pag. 14.
ladung ein Unterschied bestehe. Eine genaue und zuversichtliche Ermittelung dieses Unterschiedes wurde vielmehr durch die Vermischung des Reises aus hundert verschiedenen Säcken so gut wie unmöglich gemacht. Der Kläger mußte daher bei Durchsetzung seines Antrags entschieden überzeugt sein, daß die, nach Ausscheidung eines seebeschädigten Theils noch zu untersuchende Waaren-Partie auf der Reise keine wesentliche Veränderung erlitten habe; wie er denn auch selbst im Deductionsverfahren und später angiebt, — er habe, als der Streit über die gelieferte Waare entstanden, nicht angenommen, daß dieselbe erhitzt sei.

Auf Grund dieser Verhandlung resp. Vereinbarung erging sodann mittelst rechtskräftig gewordener Vorbescheide die Instruction der Sachverständigen,

H. Ger.-Acten Nr. 116. [13] [21] [22]

Digitized by Google

und dieſe lautet wieder einfach dahin, zu begutachten, ob und
pag. 15. inwiefern die ſtreitige Partie Reis (repräſentirt durch die ihnen vorgelegte Durchſchnitts-Partie) von der Probe abfalle. Es wurde ihnen alſo lediglich die Frage geſtellt, ob die vorgelegte Partie, ſo wie ſie jetzt war, von geringerer Qualität ſei, als der Probe-Reis. Daher aber konnten ſie darin nicht zugleich die Anfrage finden, ob die Waare ſchon zur Zeit der Verladung von gleich geringer Qualität geweſen ſei; wie ſie denn dieſe Aufgabe auch nicht darin gefunden haben.

Alle dieſe Vorgänge bildeten mit die Grundlage des Beweisinterlocuts. Das Handelsgericht durfte es als einen Punct, in welchem beide Theile übereinſtimmten, erachten, daß die Waare ſeit ihrer Verladung keine erhebliche Veränderung erlitten habe, und hat offenbar mit Rückſicht hierauf, ohne auf die Frage, welcher Zeitpunct rechtlich der entſcheidende ſei, näher einzugehen, es als ausgemacht angeſehen, daß die Clauſel
pag. 16. unter 1, ſchon dann Anwendung erleide, wenn nur die Probewidrigkeit der Waare in ihrem jetzigen Zuſtande durch das Beweisverfahren feſtgeſtellt werden könne.

c. Daß hierauf allein die Intention des interloquirenden Gerichtes ging, ergiebt ſich endlich auch aus dem Paſſus der Entſcheidungsgründe:

> „daß der Beweis einfach auf die Nichtprobemäßigkeit — — der Waare zu richten iſt, namentlich von Seebeſchädigung und Erhitztſein abgeſehen werden kann, da dergleichen von keiner Seite behauptet iſt.“

Hätte das Handelsgericht die Nichtprobemäßigkeit zur Zeit der Verladung zu Beweis verſtellen wollen, ſo würde es den Nachweis, daß die Abweichung von der Probe durch Seebeſchädigung oder Erhitzung herbeigeführt worden, nur als eine Aufgabe des directen Gegenbeweiſes haben betrachten können
pag. 17. und hätte dann nicht darauf Gewicht legen können, daß von keiner Seite eine ſolche behauptet ſei.

Muß dem Bisherigen zufolge das rechtskräftige Beweisinterlocut dahin verſtanden werden, daß Beklagter nur eine Unprobemäßigkeit der Waare zur Zeit der Lieferung zu erweiſen

Digitized by Google

habe, so kann nicht bezweifelt werden, daß der Beweis von den vorigen Gerichten mit Recht für geführt erklärt ist, also sämmtliche gegen diese Annahme gerichteten Beschwerden des Klägers verworfen werden müssen. Dafür, daß seit der Lieferung eine Aenderung mit der Waare vorgegangen, durch welche eine Abweichung von der Probe herbeigeführt worden, liegt keinerlei Andeutung vor. Die Parteien sind vielmehr bei den oben erwähnten Verhandlungen übereinstimmend von der entgegengesetzten Annahme ausgegangen. Die Unprobemäßigkeit der gelieferten Waare in ihrer gegenwärtigen Beschaffenheit aber ist von den Sachverständigen auf das Bestimmteste anerkannt, indem sie hinsichtlich der Farbe das Abfallen von der Probe bejaht und zugleich erklärt haben, daß diese Abweichung von erheblichem Einflusse auf den Preis sei. Hierauf allein kommt es an. Die gleichzeitige Erklärung, die Waare habe ganz das Ansehen und den Geruch einer auf der Reise erhitzten — sie habe allem Anscheine nach auf dem Transport durch Erhitzung gelitten, kann, nach rechtskräftiger Sachlage, nur als eine irrelevante und zur Aufgabe der Sachverständigen nicht gehörige Aeußerung angesehen werden. pag. 18.

II. Die sechste Beschwerde betrifft den unter 2 b des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 27. Januar 1862 den Beklagten auferlegten Beweis:

> daß — — die gedachte Partie Reis 1 ℔ per 100 Pfd., oder welchen sonstigen geringeren Betrag weniger werth sei, als probemäßige Waare werth gewesen sein würde. pag. 19.

Die vorigen Gerichte sahen nämlich durch das Gutachten der Sachverständigen eine Preisdifferenz von 54 Gr. per 100 Pfd. als erwiesen an, während Kläger der Meinung ist, es sei nur eine solche von 48 Gr. erwiesen. — Die Entscheidung dieses Streitpunctes hängt von Beantwortung der Frage ab, ob bei Bestimmung der Preisdifferenz auf den Werth, den der Reis in Folge des Polirens erlangen wird, Rücksicht genommen werden dürfe, oder lediglich der Werth, den derselbe in rohem Zustande hat, zu Grunde zu legen sei. Diese Frage erscheint

Digitized by Google

zwar als eine zweifelhafte, muß jedoch mit dem Kläger in dem zuletzt gedachten Sinne beantwortet werden.

1) Allerdings hat in den Vorverhandlungen der Kläger
pag. 20. behauptet, Beklagte hätten den Reis ex Münster unter der ausdrücklichen Bedingung gekauft, daß er sich gleich gut polire, wie derjenige per Electrir.

H. Ger.-Act. Nr. 116. Prot. p. 2.
H. Ger.-Act. B. 896 [1] p. 1.

Allein diese Nebenverabredung ist gegnerischerseits geleugnet:

H. Ger.-Act. B. 896 Prot. p. 2.

und es kann bei Prüfung der von den Beklagten zu liefernden Beweise nur von ihrer Auffassung des Rechtsverhältnisses ausgegangen werden.

2) Weiter ist es richtig, daß im Processe Kläger, unter anfänglichem Widerspruche und schließlicher Zustimmung der Beklagten, darauf gedrungen hat, daß der Reis behufs der vorzunehmenden Vergleichung der beiden Parthien polirt werde, weil es nothwendig sei, sowohl im unpolirten als im polirten
pag. 21. Zustande die Waare mit der Probe zu vergleichen, um ein sicheres Urtheil über die Probemäßigkeit oder Nichtprobemäßigkeit derselben zu gewinnen.

H. Ger.-Act. B. 896. Prot. p. 4. 5.

Allein dies involvirt doch weder eine directe Einwilligung darin, daß auch bei Feststellung der Preisdifferenz der Reis im polirten Zustande berücksichtigt werden solle; noch ergiebt sich dies als eine nothwendige Consequenz daraus, daß, um die Probemäßigkeit zu bestimmen, der Reis polirt werden müsse. Um die sachverständige Untersuchung einer Waare gehörig vorzunehmen, können verschiedene Manipulationen mit derselben nöthig sein; aber man kann darum nicht behaupten, daß bei der Werthbestimmung nicht der natürliche Zustand der Waare, sondern derjenige, in welchen sie, um der vorzunehmenden sachverständigen Untersuchung willen versetzt worden,
pag. 22. in Betracht komme.

3) Sieht man, dem Vorstehenden zufolge, von einer durch Nebenverabredung oder Consens des Klägers herbeigeführten

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Heinrich Anton Kerll Wittwe, Gesche Louise, geb. Leonhardt zu Hamburg, Klägerin, jetzt Appellantin, wider Hermann Heinrich Schröder und Dr. Hermann Albers zu Bremen, als Vormünder von Henriette Auguste Louise Margaretha Schröder daselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, Herausgabe einer Erbschaft betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 15. December 1862 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß

1) die in dem Vertrage [4] actor. enthaltene Schenkung, soweit ihr Betrag nach einer für die Zeit des Vertrags-Abschlusses aufzumachenden Berechnung die Summe von 500 solidi übersteigt, für ungültig zu erklären, jener Betrag aber nach vorgängiger weiterer Verhandlung der Parteien, richterlich festzustellen sei;

2) die durch die klägerische Revision in voriger Instanz veranlaßten Kosten zu compensiren seien.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden gleichfalls compensirt; und wird die Sache nunmehr

Digitized by Google

zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 7. November 1864.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin hat gegen das confirmatorische Erkenntniß
pag. 2. des Obergerichts vom 15. December 1862 gegenwärtig ihre Beschwerden voriger Instanz wiederholt, welche, abgesehen von dem nicht zu berücksichtigenden allgemeinen grav. 4. drei Repliken gegen die auf den Vertrag [4] actorum gestützte Einrede der Beklagten zum Gegenstand haben.

I. Die erste Beschwerde geht dahin, daß der Antrag, die Uebereinkunft [4] wegen mangelnder Zuziehung eines Geschlechtscurators zu rescindiren, verworfen worden sei. Hier fragt es sich

1) hauptsächlich, ob die Nothwendigkeit der Zuziehung eines Geschlechtscurators nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen sei, wo ein Vertrag abgeschlossen wird, oder nach den Gesetzen, unter deren Herrschaft die Contrahenten hinsichtlich ihrer persönlichen Verhältnisse stehen; indem die hier fragliche Uebereinkunft
pag. 3. in Bremen abgeschlossen wurde, wo keine cura sexus besteht, während die Klägerin behauptet, eine Hamburgerin zu sein, und nach hamburgischem Rechte die Gültigkeit von Verträgen der vorliegenden Art von der Zustimmung eines Geschlechtscurators abhängig sein würde.

Ein ganz gleicher Fall hat dem Ober-Appellationsgericht in der mehrfach in den jetzigen Acten geführten bremischen Rechtssache

Digitized by Google

vorgelegen, und ist in Uebereinstimmung mit dem Obergericht dahin entschieden worden, daß der hamburgischen Geschlechtsvormundschaft in ihrer neueren Gestaltung nur noch die Natur einer sichernden Rechtsform beizulegen sei, und daher die Regel locus regit actum zur Anwendung kommen müsse. Das Ober-Appellationsgericht hat keine Veranlassung, von dieser Ansicht wieder abzugehen, und da das gedachte Präjudicat den Parteien bekannt ist, so genügt eine Verweisung auf die dort ausgeführten pag. 4.
Gründe um so mehr, als eine besondere Rechtfertigung der vorliegenden Beschwerde nicht versucht worden ist.

2) Die Klägerin hat in erster Instanz — Replik p. 19 — noch die individuelle Behauptung aufgestellt, die Beklagten hätten sie nach Bremen kommen lassen, um der Zustimmung des Curators überhoben zu sein, und dieser dolus derselben würde dahin führen, daß das hamburgische Recht zur Anerkennung zu kommen habe. Es fragt sich, ob hierüber nicht noch ein Beweis nachzulassen sein würde.

Allein abgesehen von dem formellen Bedenken, ob die Klägerin diesen Punkt in den höheren Instanzen überhaupt weiter hat verfolgen wollen, und ob es deshalb nicht einer besonderen Beschwerde bedurft hätte, fehlt es dem erwähnten Vorbringen jedenfalls an der erforderlichen Substantiirung. Denn geht man davon aus, daß die Zuziehung des Geschlechts- pag. 5.
curators nur als Formvorschrift anzusehen ist, so läßt sich nicht behaupten, daß die Veranstaltung eines Contrahenten, wodurch ein Contractsort mit lästigerer Form vermieden wird, schon von selbst eine Benachtheiligung des andern Contrahenten in sich schließe, und wenn die Klägerin ohne besonderen Vorbehalt sich auf Unterzeichnung des Contracts in Bremen einließ, so folgt daraus nicht, daß die Nichtzuziehung eines Curators gegen ihren Willen war. Um das Vorbringen erheblich erscheinen zu lassen, hätte es daher der weiteren Behauptung bedurft, daß und in welcher Weise die Klägerin über die Wirksamkeit eines in Bremen von ihr ohne Curator abgeschlossenen Contractes sich im Irrthum befunden habe, und dieser Irrthum von den Beklagten bei ihr erregt oder benutzt worden sei.

Digitized by Google

II. Die zweite Beschwerde ist dagegen gerichtet, daß
pag. 6. die Replik der laesio enormis verworfen worden ist.

Hier bedarf es zunächst keiner Ausführung, daß die Behauptung des klägerischen Sachführers, die Anfechtung wegen laesio enormis sei auf alle Verträge ausgedehnt worden, unrichtig ist, daß die Anfechtung vielmehr, wie in der bremischen Sache

Kriete c. Kirchhoff Wwe. Juni 1848,

ausgesprochen worden ist, nur bei dem Kauf und bei dem Kauf ähnlichen onerosen Contracten stattfindet. Es fragt sich daher

1) welche rechtliche Natur dem unter den Parteien am 29. November 1859 abgeschlossenen Vertrage beizulegen sei. Wenn hier

a. das Obergericht davon ausgeht, die Klägerin habe in der Urkunde [4] nicht einen ihr gehörigen Vermögenstheil hingegeben, sondern sie habe, unter Vorbehalt lebenslänglichen
pag. 7. Nießbrauchs, auf eine ihr bloß deferirte, aber noch nicht erworbene Erbschaft verzichtet, so konnte dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden, vielmehr beruft sich die Klägerin mit Recht darauf, daß der Abschluß des Vertrages [4] eine pro herede gestio von ihrer Seite in sich schließe, der abgetretene Erbtheil daher ein von ihr bereits erworbenes Vermögen gebildet habe.

Hätte Klägerin die ihr angefallene testamentarische Erbschaft ausgeschlagen, so würde für sie weder Eigenthum an dem Erbtheil selbst, noch irgend ein Recht auf die Revenuen desselben entstanden sein; und wenn sie sich für die Ausschlagung eine Gegenleistung ausbedingen wollte, so konnte dies nur so geschehen, daß die Gegenleistung aus dem Vermögen ihrer Enkelin zu entrichten war. Auf etwas ganz Anderes geht aber der Inhalt des Vertrages [4] hinaus. Mit Rücksicht darauf, daß
pag. 8. der testamentarische Erbtheil der Klägerin nach ihrem künftigen Tode der Enkelin Henriette als einziger Descendentin zufallen werde, wird als Anlaß der Uebereinkunft der Wunsch der Klägerin bezeichnet, sich selbst die Revenüen des angefallenen Erbtheils, und ihrer Enkelin den dereinstigen Bestand desselben zu sichern, und dem entsprechend leistet die

Digitized by Google

Klägerin zwar zu Gunsten ihrer Enkelin Verzicht auf den angefallenen Erbtheil, behält sich jedoch ausdrücklich den Zinsgenuß dieses Vermögens zeitlebens bevor. Es ist hiernach klar, daß die Klägerin sich nicht etwa eine jährliche Rente aus dem Vermögen ihrer Enkelin versprechen ließ, sondern den Zinsenbezug von dem hinterlassenen Erbtheil als ein ihr bereits erworbenes Recht behandelte und von dem zu Gunsten ihrer Enkelin erklärten Verzicht ausnahm. In der Zueignung des Nießbrauchs wird aber die Zueignung des Erbtheils selbst vorausgesetzt; denn wie man auch das „Reserviren" des Nießbrauchs juristisch auf- pag. 9.
fassen möge, so liegt darin jedenfalls soviel, daß die Klägerin es war, welche bei Ueberlassung des Erbtheils an ihre Enkelin dessen Belastung mit dem Nießbrauch zur Bedingung machte, und dadurch über das Schicksal des Erbtheils verfügte. Man muß also annehmen, daß der Ausdruck, die Klägerin leiste zu Gunsten ihrer Enkelin auf den angefallenen Erbtheil gänzlich Verzicht, so gemeint war, sie trete an dem ihr angefallenen und von ihr angenommenen Erbtheil die Proprietät sofort wieder an ihre Enkelin ab. Selbst der Verzicht auf die Proprietät war aber kein völlig unbedingter. Die Klägerin bedang sich vielmehr eben für den abgetretenen Erbtheil, zur Sicherung ihres Nießbrauchs, eine bestimmte Art der Verwaltung aus; sie disponirte folglich durch die getroffene Vereinbarung auch insofern über den angefallenen Erbtheil selbst. Wie nun pag. 10.
überhaupt jede Handlung, wodurch Jemand zu erkennen giebt, daß er sich als Erbe betrachte, zur pro herede gestio genügt, so gilt dies namentlich auch von einem Rechtsgeschäft, wodurch man über den Nachlaß oder einzelne Bestandtheile desselben als solche eine Verfügung trifft.

l. 86. § 2. D. de acquir. vel om. hered. (29. 2.)

Eben durch die getroffene Verfügung unterscheidet sich der Fall leicht von demjenigen, wo eine deferirte Erbschaft gegen eine anderweitige Abfindung wirklich ausgeschlagen wird.

l. 6. D. de reg. jur. vgl. mit
l. 24. D. de acquir. her. und
l. 2. pr. D. si quis omissa causa test. (29. 4.)

Digitized by Google

Daß aber der Sinn der Uebereinkunft [4] wirklich der angegebene war, und nicht etwa ungenau gewählte Ausdrücke
pag. 11. ihn bloß so erscheinen lassen, das wird überdies durch dasjenige, was die Beklagten selbst in der Vernehmlassung auf die Klage über die Vorverhandlungen angeführt haben, außer Zweifel gesetzt. Sie sagen daselbst pag. 9 f. über das, was nach Eröffnung des Testamentes unter den Parteien vorging: bei der Besprechung über die Verwaltung ihres Erbtheils, die sich daraus ergebenden Auskünfte u. s. w. habe die Klägerin selbst erklärt, sie verlange niemals das Vermögen, sondern sehe es als Verpflichtung an, solches unverkürzt ihrer zweiten Enkelin zu hinterlassen, und wolle die Verwaltung ganz den Vormündern überlassen, sie begehre nur die Zinsen, mit deren Betrage sie leben könne, gerade zur Erreichung dieses ihres Zweckes sei ihr der später eingeschlagene Weg (die jetzt streitige Vertragsurkunde) proponirt worden. Mit diesen Angaben stimmt
pag. 12. auch die Darstellung in der Replik p. 12 f., abgesehen davon, daß die Klägerin keine Verpflichtung anerkannt oder übernommen haben will, und leugnet, daß die Urkunde um ihres Zweckes willen vorgelegt worden sei, wesentlich überein. Daraus geht deutlich hervor, daß eine Ausschlagung der Erbschaft gar nicht in Frage kam, die Klägerin sich vielmehr sofort als Inhaberin des ihr hinterlassenen Erbtheils betrachtete und es sich nur darum handelte, eine Verwaltung desselben zu vereinbaren, welche ihr selbst den Zinsengenuß und ihrer Enkelin die Substanz des Vermögens sichern sollte. Die Klägerin wurde also bei Verhandlung und Abschließung des Vertrages beiderseits als Erbin des ihr hinterlassenen Pflichttheils behandelt und man war einig darüber, daß ihr der Nießbrauch desselben gesichert bleiben sollte. Da nun die Klägerin den auf dieser Grundlage ruhenden Vertrag schon mit der Klage vorlegte,
pag. 13. dabei (p. 9) hervorhob, sie habe sich der Proprietät ihres Pflichttheils nicht „entäußern“ wollen noch können, sowie eventuell den Inhalt als einen Rentenkauf oder eine Schenkung geltend machte, und da die Beklagten ihre ganze Vertheidigung auf den Vertrag stützten und über dessen Entstehung selbst die bemerkten

Digitized by Google

Thatsachen anführten, so bedurfte es von Seiten der Klägerin nicht erst noch der vom Obergericht vermißten speciellen Berufung darauf, daß sie die Erbschaft angetreten habe.

Unter diesen Umständen kann die Frage, ob der deutschrechtliche Satz, „der Todte erbet den Lebendigen“ in Bremen auch für Fälle der vorliegenden Art (Vererbung auf Ascendenten) Geltung erlangt habe, dahingestellt bleiben.

b. Hat man hiernach in [4] keinen Verzicht auf eine bloß deferirte Erbschaft zu finden, so könnte weiter in Frage kommen, ob die Urkunde etwa als ein negotium mortis causa, insbesondere pag. 14.
als Erbvertrag, aufzufassen sei. Dem steht jedoch die darin ausgesprochene bestimmte Erklärung der Klägerin entgegen, daß sie auf den ihr angefallenen Erbtheil gänzlich Verzicht leiste, was, zumal in Verbindung mit der Reservirung des Zinsgenusses und dem gleichzeitig verfügten Eintritt vormundschaftlicher Verwaltung nur von einer sofortigen Ueberlassung der Proprietät des fraglichen Vermögenstheiles verstanden werden kann.

Ebenso unhaltbar erscheint aber die Behauptung der Klägerin, in der Urkunde sei ein Rentenkauf, oder, wie ohne Zweifel gemeint war, ein Leibrenten-Vertrag enthalten. Nach dem, was oben bereits über Vorbereitung und Abschluß des Vertrages bemerkt worden ist, kann ein Leibrenten-Vertrag in keiner Weise als von den Contrahenten beabsichtigt angesehen werden. Die Klägerin disponirte über einen ihr zugefallenen Erbtheil in der Weise, daß sie die Proprietät daran schon jetzt pag. 15.
an ihre Enkelin und künftige alleinige Erbin abtrat, sich aber den lebenslänglichen Bezug der Zinsen davon, welche steigen und fallen konnten, vorbehielt, und zur Sicherung eben dieses Zinsgenusses zugleich eine bestimmte Verwaltung des Erbtheils zur Bedingung machte. Sie entäußerte sich also nicht völlig des fraglichen Vermögens, um damit das Recht auf eine aus dem Vermögen ihrer Enkelin zu leistende Rente käuflich zu erwerben, sondern sie reservirte sich nur das Recht des Nießbrauchs an ihrem Erbtheil, und suchte es durch die bedungene Verwaltung desselben sicher zu stellen, so daß ihre Enkelin das überlassene Vermögen nur mit dieser Belastung und Beschränkung

Digitized by Google

erwarb. Der Abtretung dieſes Objectes ſteht aber, wenn man zunächſt von der Garantie für 160 ℛ Zinſen und den etwaigen Koſten der Verwaltung abſieht, gar keine Gegenleiſtung gegen-
pag. 16. über. Der Vertrag ſtellt ſich ſonach bei dem ausgeſprochenen Motiv, daß der beklagtiſchen Mündel, ſtatt der ungewiſſen Hoffnung auf eine künftige Erbſchaft, der Beſtand des fraglichen Vermögens alsbald feſt verſchafft werden ſollte, als eine Schenkung unter Lebenden dar, bei welcher ſich der Schenkgeber den Nießbrauch vorbehalten hat.

vgl. l. 28. l. 35. § 5. C. de donat. (8. 54.)

Auch durch die bemerkte Garantie und die vereinbarte beſondere Verwaltung verliert aber das Geſchäft dieſe Eigenſchaft nicht. Die etwaigen Koſten der Verwaltung können jedenfalls nur von geringfügigem Betrag ſein; und die Garantie wurde nur bis zur Höhe von $3\frac{2}{3}$ Procent des Capitals zugeſichert, was bei einem ohnehin der pupillariſchen Verwaltung unterliegenden Vermögen mit Wahrſcheinlichkeit entweder überhaupt keine oder höchſtens doch nur eine geringe, und wegen des Alters der Klägerin muthmaßlich
pag. 17. nicht lange fortdauernde Aufwendung von Seiten der beklagtiſchen Mündel zur Folge haben könnte. Auch die Garantie erſcheint daher im Vergleich zu der Ueberlaſſung des Capitalvermögens, welches ohne den Vertrag von der Klägerin bei Lebzeiten gänzlich conſumirt werden, alſo für die beklagtiſche Mündel verloren gehen konnte, von ſehr untergeordneter Bedeutung, und iſt nicht geeignet, das ganze Geſchäft zu einem oneroſen zu machen. Vielmehr folgt aus den zu Gunſten der Klägerin bedungenen Leiſtungen nur ſo viel, daß das Geſchäft keine reine Schenkung enthalte, ſondern ein negotium cum donatione mixtum ſei; eine Verbindung, welche in ſehr verſchiedenen Formen, z. B. in der donatio sub modo, vorkommt,

vgl. Savigny Syſtem Bd. 4. § 154.

und welche hier, der erwähnten Garantie wegen, einer Schenkung
pag. 18. mit der Auflage der Leiſtung von Alimenten an den Schenkgeber

vgl. l. 3. C. de contrah. emt. (4. 38.)
l. 8. C. de rer. permut. (4. 64.)

am nächſten ſteht.

Digitized by Google

2) Hat man die vorstehende Auffassung des Vertrages [4] zu Grunde zu legen, so folgt daraus die Verwerflichkeit der Beschwerde von selbst, da bei einem ganz oder auch theilweise auf Liberalität beruhenden Geschäft, wo die Contrahenten gar nicht die Absicht haben, dem von der einen Seite gebrachten Vermögens-Opfer ein volles Aequivalent gegenüber zu stellen, von einer Analogie mit dem Kauf und von einer Anfechtung wegen laesio enormis nicht die Rede sein kann. Es braucht daher auch auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Leibrentenkauf wegen laesio enormis angefochten worden könne, nicht eingegangen zu werden.

III. Mittelst der dritten Beschwerde verlangt die Klägerin, daß ihrem Antrag entsprochen werde, die Uebereinkunft [4] als eine Schenkung unter Lebenden aufzufassen, und weil sie nicht insinuirt worden, mindestens so weit sie die Summe von 500 solidi übersteige, für ungültig zu erklären. pag. 19.

Es ist bereits zur vorigen Beschwerde ausgeführt worden, daß in dem streitigen Vertrag allerdings vorwiegend eine Schenkung, jedoch in Verbindung mit der Verpflichtung zu gewissen Gegenleistungen enthalten sei; und es fragt sich daher

1) ob ein gemischtes Geschäft dieser Art der Nothwendigkeit der Insinuation unterliege. Verneint wird dieses bei Besprechung der donatio sub modo von

Leyser meditt. spec. 435 med. 3.
Mühlenbruch Pand. Th. II. § 445.

Allein wie der Erstere dazu nur vermöge einer Erweiterung der nicht zu billigenden Ausnahme gelangt, welche früher von vielen Rechtslehrern bei renumeratorischen Schenkungen gemacht wurde, so kann auch die von Letzterem aus dem Umstand, daß kein reines Liberalitätsgeschäft in Frage stehe, gezogene Folgerung nicht für richtig erachtet werden. Denn soweit in einem Geschäft wirklich eine Schenkung enthalten ist, fehlt es an jedem Grunde, sie von der, von speciellen Fällen abgesehen, ganz unbedingt lautenden gesetzlichen Vorschrift wegen der Insinuation auszunehmen. Man kann vielmehr nur so viel sagen, das Geschäft, welches mit der Schenkung verknüpft pag. 20.

Digitized by Google

worden ist, unterliegt der Nothwendigkeit der Insinuation nicht mit; der Werth der dem Beschenkten vermöge dieses Geschäfts auferlegten Leistung ist daher von dem ihm überlassenen Gesammtobject in Abzug zu bringen, und nur der übrig bleibende Betrag ist als Gegenstand wirklicher Schenkung anzusehen, auf
pag. 21. welchen die Vorschrift der Insinuation Anwendung findet. Dies erkennen denn auch ausdrücklich an

v. Wening Civilr. III. § 214.
v. Savigny System Bd. 4. S. 103. Note m. S. 287.
Puchta Lehrbuch. § 71. Note f.
Arndt's Pand. Bd. 1. § 83.

und bei den Schriftstellern, die in der Lehre von der Insinuation die donatio sub modo überhaupt nicht als Ausnahme erwähnen, darf dieselbe Auffassung vorausgesetzt werden.

2) Daß es dem Vertrage [4] an der für große Schenkungen erforderlichen gerichtlichen Insinuation fehlt, liegt klar vor. Denn möge man auch in Bezug auf die Form der Insinuation der strengeren oder der milderen Ansicht folgen,

vgl. Buchka u. Budde Entscheidungen des O.-A.-Ger. zu Rostock. Bd. 4. S. 75 ff.

pag. 22. so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß weder die notarielle Aufnahme der Uebereinkunft [4], noch die zu einem ganz andern Zweck erfolgte Einreichung derselben bei der Pupillen-Commission und die Bestätigung durch diese, als gerichtliche Insinuation oder als Ersatz derselben aufgefaßt werden kann.

Stellt sich danach die Beschwerde der Klägerin an sich als begründet dar, so kommt es weiter

3) darauf an, wie hoch sich der Betrag der in dem Vertrag [4] enthaltenen Schenkung im Verhältniß zu der gesetzlichen Summe von 500 solidi belaufe. Bei Beantwortung dieser Frage muß die Eigenschaft der beklagtischen Mündel als Notherbin der Klägerin wegen der Ungewißheit, ob ihr der fragliche Erbtheil erhalten geblieben sein würde, ganz außer Betracht gelassen, der Erbtheil vielmehr seinem vollen Betrage nach als Gegenstand der Veräußerung inter vivos angesehen
pag. 23. werden. Andererseits darf der von der Klägerin vorbehaltene Nießbrauch nicht unberücksichtigt bleiben. Die Ueberlassung des

Digitized by Google

fraglichen Erbtheils in runder Summe zu 4500 ℔ Gold angenommen, ſteht dieſes Vorbehaltes wegen an Werth gleich einem Schenkungsverſprechen, wonach die gedachte Summe erſt am Todestage der Klägerin auszuzahlen ſein würde. Um daher den Werth der erſt ſpäter für die Beſchenkte nutzbar werdende Summe ſchon für den Tag des Vertrags-Abſchluſſes feſtzuſtellen, wird das nach Maaßgabe der geſetzlichen Vermuthung über die wahrſcheinliche Lebensdauer zu berechnende Interuſurium in Abzug zu bringen ſein.

Da jedoch aus den Acten das Alter der Klägerin nicht beſtimmt zu entnehmen iſt — indem in dieſer Beziehung der Inhalt des Protocolles [13] mit den Angaben der Klage nicht übereinſtimmt — und da überhaupt die Prämiſſen der Frage, pag. 24.
wie weit die Grenze einer ohne Inſinuation gültigen Schenkung überſchritten worden ſei, wie die Berechnung des Interuſuriums, der etwaige Werth der verſprochenen Zinſen-Garantie, der herkömmliche Anſchlag eines solidus, bisher unter den Parteien noch gar nicht ſpeciell zur Sprache gekommen ſind, ſo mußte es angemeſſen erſcheinen, für jetzt nur auszuſprechen, daß die in [4] enthaltene Schenkung, ſoweit ſie nach ihrem Werth zur Zeit des Vertrag-Abſchluſſes die erwähnte Grenze überſchreite, für ungültig zu erklären ſei, alle jene Specialfragen aber einer ferneren richterlichen Entſcheidung nach vorgängiger Verhandlung der Parteien vorzubehalten.

Bei der zwar nur theilweiſen, doch immer ſehr erheblich eingreifenden reformatoria erſchien es gerechtfertigt, ſowohl die Koſten der klägeriſchen Reviſion in voriger Inſtanz, als die pag. 25.
Koſten der gegenwärtigen Inſtanz zu compenſiren.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Heinrich August Hoppe Ehefrau, Caroline Wilhelmine Elise, geb. Ebolé, zu Bremen, Liquidantin und Interventin, jetzt Appellantin, wider Albrecht Knoche Wittwe Erben daselbst, Intervenienten und Appellaten, ad causam: Johann Heinrich August Hoppe Concurs, betreffend Separations-Ansprüche der Liquidantin, jetzt geführten Beweis,

erkennt das Ober-Apellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 7. December 1863, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern sei:

daß die Liquidantin in Betreff der im Inventarium (Concurs-Acten [58]) unter den Nummern 1282, 1283, 1286, 1287, 1288, 1289, 1291, 1293, 1297, 1299, 1300, 1302, 1305, 1306, 1308, 1312, 1314, 1315, 1319, 1320 verzeichneten zwanzig Mobiliargegenstände zu einem Erfüllungseide dahin:

daß sie jene (von der Schwörenden bei der Eideshandlung speciell namhaft zu machenden) Gegenstände in die mit ihrem Ehemanne geführte Ehe eingebracht habe,

Digitized by Google

zuzulaſſen, und Liquidantin den Intervenienten nur zwei Drittel der Koſten voriger Inſtanz zu erſtatten ſchuldig, das übrige Drittel aber zu compenſiren ſei.

Von den Koſten dieſer Inſtanz hat die Liquidantin den Intervenienten ebenfalls zwei Drittel zu erſtatten, und wird ein Drittel derſelben compenſirt.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 12. November 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Entſcheidungsgründe.

Die für die Beurtheilung der liquidantiſchen Beweisführung — und zwar in Betreff beider Streitpunkte, ſowohl wegen der Mobilargegenſtände, als wegen der geforderten 3,000 ℛ. — wichtige Frage, ob dem Anerkenntniſſe des Ehemannes der Liquidantin vom 21. November 1860 pag. 2.

Concurs-Acten [57]

Beweiskraft, der Maſſe oder einzelnen Creditoren gegenüber, beizulegen ſei, mußte, unter Feſthaltung an der in der Sache

Deetjen und Rauſchenberg c. Wehring Wittwe
(Erk. vom 19. Nov. 1860, Brem. Samml. IV. S. 442.)

zur Anwendung gebrachten Auffaſſung, mit den vorigen Richtern dahin beantwortet werden, daß jenem Anerkenntniſſe hier keine Wirkſamkeit einzuräumen ſei. Es bedarf eines nochmaligen Eingehens auf die in den Acten liegenden Umſtände, durch welche dies Ergebniß motivirt wird, nicht, da in den Erkenntniſſen der vorderen Inſtanzen alles hier in Betracht Kommende ausgeführt worden iſt. In jetziger Inſtanz hat die Liquidantin Nichts, was ein abweichendes Ergebniß zu begründen vermögte, vorgebracht. pag. 3.

Digitized by Google

Ist zufolge des Bemerkten von dem Anerkenntnisse act [57] abzusehen, so kommt es

1) in Betreff der in Anspruch genommenen Mobilargegenstände für die jetzt in Frage stehende Entscheidung nur an

a. auf den von der Liquidantin beigebrachten und auch für den hier fraglichen Gegenstand in Bezug genommenen Ehevertrag vom 5. October 1856 Act. [18];

b. auf die Aussagen der liquidantischen Zeugen: Wittwe Hoppe, Johann Christian Hoppe und Postmeisters Ebolé.

pag. 4. Daß

zu a. der Ehevertrag hier ohne Erheblichkeit zu Gunsten der Liquidantin ist, leuchtet von selbst ein. In demselben ist Nichts davon gesagt, daß die Liquidantin — zur Zeit der Vollziehung desselben unverehelichte Ebolé — damals irgend welches Vermögen besessen habe, oder auch nur eine Aussteuer in die Ehe habe bringen sollen, wie es denn auch anderweitig aus den Acten hervorgeht, daß dieselbe eine von Pflege-Eltern erhaltene Waise ohne Vermögen gewesen ist, welche, abgesehen von ihren Kleidungsstücken und den sonstigen, zu ihrem persönlichen Gebrauch dienenden oder ihr bei Gelegenheit ihrer Verheirathung geschenkten Gegenständen, Nichts in die mit dem jetzigen Falliten geschlossene Ehe hat bringen können.

Anlangend

ad b. die Zeugen-Aussagen, so erstrecken sich dieselben nur
pag. 5. auf einen Theil der von der Liquidantin geforderten Gegenstände, nämlich auf 20 derselben, während deren Gesammtzahl 52 ausmacht. Wenn nun auch bei Beweisen, wie ein solcher über eine Mehrheit von Gegenständen hier zu führen ist, unter Umständen von eigentlicher Vollständigkeit abgesehen und, im Falle eines im Uebrigen Statt findenden Gelingens, der Beweis in Betreff einzelner nicht besonders nachgewiesener Gegenstände durch einen Eid des Beweisführers ergänzt werden kann, so bildet doch Dasjenige, worauf die Beweismittel der Liquidantin gerichtet sind, einen verhältnißmäßig nicht so bedeutenden Theil der Gesammtgegenstände, daß ein Schluß von dem als bewiesen Anzunehmenden auf das Nicht-Bewiesene gerechtfertigt

Digitized by Google

erſcheinen könnte. Der Beweis der Liquidantin iſt ſomit, abgeſehen von der Eidesdelation, als in Betreff von 32 Gegenſtänden für nicht geführt zu achten. pag. 6.

Die Zeugen Wittwe Hoppe und J. C. Hoppe, Schwiegermutter und Schwager der Liquidantin, ſind in Betreff der Gegenſtände unter den Nummern 1282, 1283, 1287, 1293, 1297, 1300, 1302, 1308, 1312, 1313, 1314, 1315, 1319, 1320 in Vorſchlag gebracht.

Ohne Grund werden dieſe Zeugen von Seiten der Intervenienten als völlig unglaubwürdig bezeichnet. Daß dies in keinem Falle von dem Zeugen J. C. Hoppe angenommen werden kann, iſt nicht in Zweifel zu ziehen. Derſelbe ſteht mit der Liquidantin in keiner ſonſtigen Verbindung, als daß er mit ihr im zweiten Grade verſchwägert iſt, und wenn auch die Beziehung, in welcher er in Folge deſſen zu der Liquidantin, deren Ehemann und den Kindern derſelben ſich befindet, die Vermuthung erregt, daß er für die Sache der Klägerin günſtig geſtimmt ſei, ſo mindert dies doch nur ſeine Glaubwürdigkeit pag. 7. in einigem Maaße. Er würde nicht einmal berechtigt geweſen ſein, die Pflicht zur Zeugnißleiſtung abzulehnen.

Bayer Vorträge ꝛc. Ed. 8. S. 799.
Wetzell Civilproceß § 23. S. 133.

Gegen die Zeugin Hoppe, welche als Schwiegermutter der Liquidantin zu den unzuläſſigen Zeugen nicht zu zählen iſt, die gleichwohl dieſer Letzteren erheblich näher ſteht, als der Zeuge Hoppe, und gegen ihren Willen zur Zeugnißleiſtung nicht hätte genöthigt werden können:

Bayer und Wetzell ll. cc.

wenden die Intervenienten ein, dieſelbe ſei nicht nur wegen der nahen Affimitäts-Verbindung mit der Liquidantin und ihrer präſumtiv Dieſer günſtigen Stimmung in ſehr hohem Grade verdächtig, ſondern ihr müſſe wegen Intereſſes an dem Ausgang des Proceſſes alle Glaubwürdigkeit abgeſprochen werden. pag. 8. In Betreff des erſteren Punktes iſt freilich eine noch geringere Glaubwürdigkeit der in Rede ſtehenden Zeugin als diejenige des Zeugen Hoppe den Umſtänden nach anzunehmen, allein daß

Digitized by Google

die Zeugin ein eigenes Intereſſe an dem Ausgange des Proceſſes habe, kann nicht angenommen werden. Die Intervenienten ſetzen daſſelbe darin, daß der verſtorbene Ehemann der Zeugin durch für den Ehemann der Liquidantin übernommene Bürgſchaften Verlüſte erlitten habe, und daß dieſer die Verlüſte zu erſetzen haben werde, wenn er wieder in beſſere Verhältniſſe komme. Wenngleich nun dies Letztere dem Anſcheine nach ſich angegebenermaaßen verhält, ſo iſt doch hievon keine Anwendung in der von den Intervenienten verſuchten Weiſe zu machen, denn nicht der Ehemann der Liquidantin,
pag. 9. ſondern dieſe ſelbſt für ſich proceſſirt im gegenwärtigen Verfahren, und dasjenige, was ſie daraus etwa erlangen möchte, wird in ihr Sondervermögen fließen, nicht aber zur Befriedigung der Creditoren ihres Ehemannes verwendet werden müſſen. — Ganz hinfällig iſt ferner, wie keiner Ausführung bedarf, Dasjenige was die Liquidantin aus der unterbliebenen Inſinuation der Schenkungen herzuleiten verſucht hat.

Anlangend den Inhalt der Ausſagen, ſo deponirt die Wittwe Hoppe mit Beſtimmtheit, daß der Liquidantin, und zwar dieſer für ſich, die Gegenſtände des Inventars Nr. 1282, 1283, 1287, 1293, 1297, 1302, 1308, 1312, 1314, 1315, 1319, 1320 von der Zeugin verſtorbenem Ehemann und ihr ſelbſt, die unter 1300 des Inventars aufgeführte Pendule aber von ihrem Sohne, dem Mitzeugen J. C. Hoppe geſchenkt worden
pag. 10. ſeien, und daß die Einbringung dieſer ſämmtlichen Gegenſtände in das Hausweſen des Ehemannes der Liquidantin wirklich ſtattgefunden habe (wie denn dieſelben bei der Inventur in ſelbigem angetroffen worden ſind). Der Zeuge J. C. Hoppe beſtätigt die Angabe ſeiner Mutter und Mitzeugin in Betreff der vorhin bezeichneten Gegenſtände, mit alleiniger Ausnahme derjenigen wegen der unter Nr. 1308 aufgeführten Rouleaux, in Beziehung auf welche er ſich der in Rede ſtehenden Hergänge nicht erinnere. Die Pendüle (Nr. 1300) giebt er, übereinſtimmend mit ſeiner Mutter an, ſelbſt der Liquidantin geſchenkt zu haben.

An der Pertinenz dieſer Ausſagen iſt Nichts zu vermiſſen, und da ein Gegenbeweis ſeitens der Intervenienten in Betreff

Digitized by Google

Aenderung ab, so kann man bei Feststellung der Werthsdifferenz zwischen Waare und Probe, nur denjenigen Zustand zu Grunde legen, in welchem sich jene sowohl wie diese zur Zeit des geschlossenen Handels resp. der Lieferung befunden haben. Die Möglichkeit, die Waare durch weitere Behandlung in einen werthvolleren Zustand zu versetzen, kann unter dem Gesichtspuncte des zu ersetzenden indirecten Interesses in Betracht kommen, aber auf den unmittelbaren Sachwerth nicht influiren. Nur von Letzterem aber ist vorliegend die Rede.

III. Mußte, dem Allen nach, der Kläger zwar mit seinen fünf ersten Beschwerden abgewiesen, seiner sechsten Beschwerde aber entsprochen werden, so konnte es auch bei dessen Verur- pag. 23.
theilung in die gesammten Kosten voriger Instanz sein Verbleiben nicht behalten, vielmehr war ein Theil derselben, wie auch der Kosten gegenwärtiger Instanz, wie im Urtheil geschehen, zur Compensation zu bringen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Secretarius.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Eduard Büsing zu Bremen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Gebrüder Nielsen daselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, einen Handel über Reis betreffend, Causa II.

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 26. Mai 1862, wie hiemit geschieht, aus den darin in Bezug genommenen, im Wesentlichen zutreffenden handelsgerichtlichen Entscheidungsgründen zu bestätigen, Kläger auch in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 20. Sept. 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekretär.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Dr. Hermann Gröning zu Bremen, als ad hoc bestellten Curators zu Johann Wilhelm Osterloh's Beneficial-Nachlaß, Klägers, jetzt Appellantens, wider Heinrich Cornelius Finke daselbst, Beklagten, jetzt Appellaten, zwei Lebensversicherungs-Policen betreffend,

erkennt das Ober-Apellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 15. Februar 1864, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 13. Octbr. 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde vo-
pag. 2. riger und jetziger Instanz die Verurtheilung des Beklagten in die eingeklagten £ 4,500 — nebst Zinsen und sämmtlichen Kosten. Allein sein schon in der Replikenschrift geltend gemachter Gesichtspunct, der Cession fehle es an einem Rechtsgeschäft als Grundlage der stattgehabten Uebertragung, ist bereits von dem Beklagten in der Duplikenschrift [9] S. 10 und in den Entscheidungsgründen zum Erkenntniß vom 7. December 1863.

[4] der O.-A.-Ger.-Act. S. 5.

durch die Bemerkung, der in dem Cessionsdocument liegende Vertrag sei der Rechtsgrund, ausreichend beseitigt. Wenn daher der Kläger in jetziger Instanz

[1] S. 7 der O.-A.-Ger.-Act.

es dem Obergerichte zum Vorwurf macht, daß es die Replik
pag. 3. des Klägers dahin formulirt habe, dem Documente [5] fehle es an einem „Rechtsgrund," während er den Mangel eines „Rechtstitels" gerügt habe, so ist dieser Vorwurf ebenso unverständlich, wie die ganze Einrede unbegründet. Die Sachlage nach Beendigung des Osterloh'schen Debitverfahrens mittelst Accords war die, daß Osterloh für den Augenblick vermögenslos und außer Stande war, die bedeutenden jährlichen Prämien für die beiden in Rede stehenden Policen zu bezahlen. Sie waren damals ein Activum der Masse, und wenn die Gläubiger fortgefahren hätten, die Prämien alljährlich zu bezahlen, so würden sie befugt gewesen sein, bei Osterloh's Tode ihre Rechte aus den Policen auf Bezahlung der Versicherungssumme geltend zu machen. Ein derartiges Verfahren ist aber von den Gläubigern nicht eingehalten; sie sind weder selbst bereit gewesen zu zahlen, noch haben sie einen Käufer der Policen gefunden,
pag. 4. welcher sich dazu verstanden hätte, neben der Fortzahlung der Prämien der Masse einen Kaufpreis sofort oder dereinst auszukehren: wie solches von dem Kläger S. 17 der Replikenschrift,

Digitized by Google

[6] der Obergerichts-Acten eingestanden und von dem Beklagten in der Duplikenschrift [9] S. 1, 2 und S. 18, 19 wiederholt geltend gemacht ist. Die Policen sind vielmehr dem Falliten nach abgeschlossenem Accord zurückgegeben worden. Für ihn hatten sie kein Interesse; er war nicht im Stande, sie durch jährliche Prämienzahlung bei Kräften zu erhalten, und es blieb ihm daher nichts übrig, als eine Person zu suchen, welche dieselben übernähme, und sich zugleich anheischig machte, einen Theil der eventuell zu beziehenden Versicherungssumme einer Person herauszugeben, welcher Osterloh dieselbe zuzuwenden gedachte. Das Rechtsgeschäft, welches zu Stande kam, war pag. 5.
mithin ein Forderungskauf. Die Forderung bestand in dem Anspruch an die Versicherungsgesellschaften nach dem Ableben von Osterloh, der Kaufpreis in dem Versprechen der Prämienzahlung und der stipulirten Herausgabe eines Theils der versicherten Summen. Nun ist es aber überall nicht nöthig, ein Geschäft als Kauf zu bezeichnen, wenn aus dem Cessionsdocumente Verkäufer und Käufer, Kaufobject und Kaufpreis sachlich hervorgehen, und das Erforderniß des Rechtstitels für die stattgehabte Cession liegt in jenem Document.

Ob in dem Rechtsgeschäft eine emtio spei oder rei speratae vorliege, kann unerörtert bleiben, und ebenso, ob es einen lucrativen Character hatte, da beim Kauf von Forderungen nach Aufhebung des anastasischen Gesetzes der Grundsatz gilt, pag. 6.
daß Parteien sich beliebig übervortheilen können, insofern kein dolus begangen und die Grenzen der Verletzung über die Hälfte nicht überschritten werden, — was Alles, wie theilweise unten auszuführen sein wird, hier nicht vorliegt. — Daß aber Finke an Ulpian's Mortalitäts-Tabelle bei Eingehung des Geschäfts überall nicht gebunden war, liegt auf der Hand. Es stand in seiner Willkühr, es nicht einzugehen; wenn er es einging, so durfte er dabei von Voraussetzungen ausgehen, welche ein weit längeres Leben zur Basis nahmen. Ob andererseits Osterloh's Frau die Mittel hatte, die Prämien zu bezahlen, ist hier gleichgültig; ihr Mann konnte sie nicht bezahlen, er hatte kein Mittel, die Frau zur Zahlung anzuhalten, und wenn er es hatte, so

Digitized by Google

hielt er die Uebertragung der Policen für vortheilhafter, als die
pag. 7. jährliche Prämienzahlung aus den Mitteln der Frau. Daß übrigens Ulpians Mortalitätstabelle von den Versicherungsgesellschaften nicht zur Basis genommen wird, ist eine bekannte Sache, und Finke durfte sich in einem Falle, wo es sich um die Eingehung eines gewagten Geschäftes handelte, sicherlich auf den Standpunct stellen, welchen die Gesellschaften einnahmen. Dieser war folgender. Am 19. resp. 26. Mai 1859 hatte Osterloh sein eigenes Leben bei der Great Britain zu £ 2,000 und bei der Alliance zu £ 2,500 gegen vierteljährliche Prämien von £ 40.1.8 und £ 39.7.6 versichert, die jährlich zu zahlende Prämie betrug mithin im Ganzen £ 317.16.8. Sie war bis zum 22. Sept. 1862 berichtigt, also mit £ 1,032.19.2, nebst den Zinsen der einzelnen eingezahlten Raten. Der größere Theil der Versicherungssumme war mithin noch ungedeckt und
pag. 8. die Möglichkeit einer lange andauernden Zahlung vorhanden. Das Geschäft hatte also einen rein aleatorischen Character.

Die zweite Beschwerde des Klägers ist auf eine Verurtheilung des Beklagten in den Betrag von 2,000 ℔ Gold gerichtet, deren Bezahlung an die Wittwe Osterloh der Beklagte in dem Vertrage vom 22. September 1862 übernommen hat. Diesem Verlangen konnte jedoch schon deshalb nicht entsprochen werden, weil der Kläger weder in der Klag-, noch in der replikarischen Bitte die Zahlung dieser Summe an ihn beansprucht hat. Es bedurften daher die Erörterungen über die Rechtsbeständigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, und die Frage, ob und von wem der Kläger befugt sei, die für die Wittwe ausbedungene Summe in Anspruch zu nehmen, keiner Beantwortung.

pag. 9. Es fragt sich daher weiter, ob Gründe vorliegen, den an sich und abgesehen von der zum Beweis verstellten Einrede der Simulation rechtsbeständigen Forderungskauf zu vernichten. Der Kläger macht zunächst geltend, der Vertrag enthalte eine betrügerische Veräußerung zum Nachtheil der damaligen und jetzigen Gläubiger von Osterloh, beziehungsweise seiner Masse, und verlangt mittelst seiner dritten Beschwerde eine desfallsige Be-

Digitized by Google

weisauflage. Ob in dieser Beziehung die von dem Obergerichte
S. 5 und 6 von [4] der Oberappellations-Gerichts-Acten.
geltend gemachten Gründe zur Beseitigung dieses Anspruches ausreichen, kann auf sich beruhen; die Beschwerde selbst war zu verwerfen. Es steht in der Praxis des Oberappellationsgerichts fest, daß die paulianische Klage auch außerhalb des Concurses pag. 10.
von einzelnen Gläubigern angestellt werden kann:

Frankf. S. Rüttmann Vorm. c. Rüttmann, 26. April 1855.
(Seuffert's Archiv, Bd. 11. Nr. 321.)

Es steht factisch fest, daß Osterloh zur Zeit des Contractsabschlusses eine ganz erhebliche Schuldenlast hatte:

[7] der O.-Ger.-Act.

und daß am 15. October 1862 Gläubiger zum Betrage von 29,955 ℛ sich auf den Accord nicht eingelassen haben. Seine Ueberschuldung hat also Osterloh damals zweifellos gekannt, und auch Finke wird dieselbe zu jener Zeit nicht unbekannt gewesen sein — ein Punct, auf welchen es unter Umständen ankommen könnte, und welcher eventuell vom Kläger zu beweisen wäre. Allein es fehlt an dem ersten Erforderniß der paulianischen Klage, einem gestum, einer juristischen Handlung pag. 11.
des Schuldners, welche dessen Gläubiger beeinträchtigen kann, und zwar „kann“ nicht in abstracto, sondern in concreto.

Daß der Verkauf von Lebensversicherungs-Policen eine Verminderung des Activvermögens an sich enthalte, wird Niemand bezweifeln: allein stets nur dann, wenn Mittel vorhanden waren, jene Policen in Kraft zu erhalten. Osterloh konnte dies nicht: eigene Mittel hatte er nicht, die seiner Frau, deren Gut er verwaltete, durfte er für sich nicht verwenden, um einen Erfolg zu erzielen, welcher für diese ohne Nutzen gewesen sein würde. Daß irgend einer der Gläubiger bereit gewesen wäre, die Police durch Prämienzahlung für die Zukunft bei Kraft zu erhalten, ist mit keinem Worte behauptet. Die Veräußerung enthielt also in keiner Weise eine Beeinträchtigung der Gläu- pag. 12.
biger, indem, wenn sie nicht geschehen wäre, die Prämienzahlungen unterblieben und das Recht aus den Policen zu Gunsten

Digitized by Google

der Versicherungsanstalten verfallen wäre. Eine Handlung, welche ihrem Erfolge nach für die Gläubiger ohne Interesse ist, kann aber von diesen nicht angefochten werden. Der Replik fehlt also die nothwendige thatsächliche Grundlage.

Eben so unhaltbar ist der fernere aus der Verletzung über die Hälfte entnommene Anfechtungsgrund des Forderungs-Kaufs, welcher den Inhalt der vierten Beschwerde ausmacht und zwar um deswillen, weil aleatorische Verträge wegen einer Verletzung über die Hälfte sich nicht anfechten lassen. Diesen Charakter aber hat das vorliegende Geschäft nach der obigen Ausführung
pag. 13. und die hier abermals von dem Kläger in Bezug genommene
[1] S. 27 der Ober-A.-Ger.-Act.
Mortalitätstabelle Ulpian's ändert daran durchaus nichts. Sie kommt nur in Betracht, wenn der gegenwärtige Werth einer später fälligen Forderung ermittelt werden soll; sie kann aber nicht benutzt werden, um den Charakter eines freiwillig übernommenen Geschäfts zu bestimmen, da die Ansichten über die Lebensdauer einer bestimmten Person ganz individueller Natur sind und von Ulpian's Aufstellungen überall nicht abhängen. Auch kann der Umstand, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Leibzuchtsvertrag angefochten werden kann wegen Verletzung über die Hälfte, zu einer Bejahung der vorliegenden Frage nicht führen.

[1] S. 27. 28 der Ober-A.-Ger.-Act.

pag. 14. Nach den obigen Erörterungen über die Natur des Geschäftes versteht es sich ferner von selbst, daß der Gesichtspunct einer Schenkung hier gänzlich ausgeschlossen ist. Es kann daher das Verlangen des Klägers, welches er mittelst seiner fünften Beschwerde geltend macht, zu dem Beweise gelassen zu werden, es liege eine Schenkung der Cession zum Grunde, unmöglich entsprochen werden. Eines Eingehens auf die Frage, ob und wie weit deren verschiedene Arten, das Vorhandensein derselben einmal angenommen, ungültig seien, bedarf es mithin nicht; zu geschweigen, daß die Ausdehnung des Beweises auf Schenkung unter Lebenden in der Beschwerde jetziger Instanz formell unzulässig ist.

Digitized by Google

Die letzte Beschwerde geht dahin, daß in der klägerischen Beweisauflage, welche das Urtheil des Obergerichts vom 7. December 1863 enthält, das Wort „und“ in „oder“ ver- pag. 15.
wandelt werde. Nun ist es zwar richtig, daß das Oberappellationsgericht die einfache Behauptung der Simulation zu einer Beweisauflage als ausreichend erachtet; und es ergiebt sich ferner aus [6] S. 10. der Obergerichts-Acten, daß der Kläger diese Behauptung aufgestellt und deren Substantiirung in der Beweisinstanz sich vorbehalten hat. Da der Kläger aber zugleich die Behauptung aufgestellt hat, der Beklagte habe nur ein Mandat gehabt, die Gelder von den Versicherungsgesellschaften einzucassiren,

[2] [6] S. 5. 6. der O.-G.-Act.

und an letzter Stelle dieses mit der Simulation in Verbindung bringt, so war das Obergericht berechtigt, seine Einrede so aufzufassen, er habe behaupten wollen, der Beklagte sei nicht procurator in rem suam sondern alienam gewesen. In der Be- pag. 16.
weisauflage hat daher das Wort „und“ die Bedeutung von „insbesondere“: es wird nicht verlangt, daß einmal die Simulation und dann die Eigenschaft als Eincassirungs-Mandatar bewiesen werde, da durch Letzteres Ersteres bereits bewiesen ist, während Ersteres nicht gerade durch Letzteres bewiesen zu werden braucht. Daraus ergiebt sich, daß die Verwandlung von „und“ in „oder“ unnöthig ist.

Zur Beglaubigung
(gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Digitized by Google

der Mobiliargegenstände nicht versucht worden ist, so darf durch die Verbindung der beiden vorstehend bewährten, wenngleich in Betreff ihrer Glaubwürdigkeit resp. in minderem und pag. 11.
höherem Grade durch die Umstände beeinträchtigten Zeugenaussagen Genügendes als bewiesen angenommen werden, um die Liquidantin zum Erfüllungseide in Betreff der fraglichen Gegenstände zuzulassen, und zwar ohne wegen der geringfügigen Nr. 1308 (der Rouleaux) eine Ausnahme zu machen.

Der Zeuge Ebolé sagt mit Bestimmtheit aus, daß es ihm bekannt sei, die Liquidantin habe die Nummern des Inventars 1286, 1288, 1289, 1305 und 1306 in Varel vor ihrer Verheirathung mit dem späteren Cridar Hoppe von Verwandten oder Freunden zum Geschenk erhalten und sodann mit in die Ehe gebracht. Minder gewiß ist er in Betreff der Nummern 1291 und 1299 (einer mahagoni Eßservante und eines mahagoni Eckborts). Allein in dieser Hinsicht wird seine Aussage durch das Attest Concurs-Acten [95], welches der Zeuge als von seiner mit den betreffenden Vorgängen genau pag. 12.
bekannten Ehefrau ausgegangen und von ihm nach näherer Prüfung des Inhalts als richtig unterzeichnet, anerkannt hat, so daß ein Zeugniß des Ebolé gedachten Inhalts für alle aufgeführten 7 Gegenstände vorliegt. Nun ist freilich dem in Rede stehenden Zeugen als Vaterbruder und früherem Pflegevater der Liquidantin, obschon diese Letztere sein Haus mindestens seit der Zeit von 7 Jahren verlassen hat, nur eine etwas geminderte Glaubwürdigkeit beizulegen, so daß die Liquidantin in Betreff der fraglichen Gegenstände allein auf dieses Zeugen Aussage hin nicht zum Erfüllungseide würde zugelassen werden können, indessen diese Zulassung wird durch den in den Acten liegenden Umstand motivirt, daß die Intervenienten früher

Act. [79] p. 22.

erklärt haben, sie wollten es auf die Aussagen des Ebolé (und pag. 13.
der ursprünglich mit vorgeschlagenen Ehefrau desselben) nicht ankommen lassen, sondern referirten der Liquidantin den ihnen eventuell zugeschobenen Eid, soweit derselbe sich auf die fraglichen 7 Gegenstände beziehe. Ist freilich die Liquidantin

Digitized by Google

damals auf die in der Form der Eides-Relation abgegebene Erklärung der Intervenienten, den in Rede stehenden Punkt ihrem Gewissen anheimstellen zu wollen, nicht eingegangen, so erscheint es doch unbedenklich, nachdem die für sie günstige Aussage des Ebolé vorliegt, nunmehr auf einen Erfüllungseid zu sprechen.

Auf das in Beziehung auf die geforderten Mobiliargegenstände von der Liquidantin geltend zu machen versuchte Moment, daß die Mehrzahl der in Rede stehenden Sachen ausweise des
pag. 14. Inventars in den für die besondere Benutzung der Familie des Cridars, also auch der Liquidantin, bestimmten Zimmern („in der Privatwohnstube Nr. 49“, „in dem Zimmer Nr. 48 daneben ꝛc.“) vorgefunden worden seien, ist kein Werth zu legen. Denn wenn auch die betreffenden im Inventarium bezeichneten Zimmer ohne Zweifel für die Familienwohnung der Eheleute Hoppe bestimmt gewesen sind, so kann doch keine Vermuthung dafür angenommen werden, daß die dort benutzten Gegenstände nicht vom Ehemann (für sich und die Seinigen) angeschafft, sondern früher oder später als Separatvermögen der Frau eingebracht worden seien.

Anlangend

2) den Beweis, daß die Liquidantin die Summe von 3000 ℛ, oder welche geringere Summe, in die mit dem Cridar geführte Ehe inferirt habe,

pag. 15. so liegt zur Führung desselben, abgesehen von Demjenigen, was die Liquidantin in zweiter und dritter Instanz nachträglich für sich geltend zu machen versucht hat, nur die ihrem materiellen Inhalte nach freilich dem Beweissatz entsprechende, jedoch, wie oben gezeigt worden, in sehr geringem Maaße glaubwürdige Aussage der Zeugin Wittwe Hoppe zu Gunsten der Liquidantin vor. Wird nun auch das demzufolge als nur unbedeutend zu veranschlagende Gewicht dieser Aussage durch intervenientischen Gegenbeweis nicht aufgehoben oder gemindert — denn die Intervenienten haben ihre Gegenbeweisversuche wesentlich auf die Beseitigung des Anerkenntnisses des Ehemannes Hoppe gerichtet und nur beiläufig den (keineswegs

Digitized by Google

gelungenen) Versuch gemacht, die Unmöglichkeit irgend welcher beträchtlicher Geldhergaben seitens der Eltern desselben zu erpag. 16.
weisen —, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß nicht genug vorliegt, um die Liquidantin bei diesem Theile ihrer Beweisführung zum Erfüllungseide zuzulassen. Ob nicht Genügendes als vorliegend anzusehen sei, um, statt auf Grund der Eideszuschiebung zu sprechen, den Intervenienten einen Reinigungseid aufzulegen, kann, da die Liquidantin in dieser Richtung keine Beschwerde aufgestellt hat, bei der geringen practischen Verschiedenheit zwischen dem Ergebnisse in dem einen oder dem anderen Falle auf sich beruhen bleiben.

Die Liquidantin hat indessen erstens in zweiter Instanz ein angebliches Hauptbuch ihres Ehemannes

O.-Ger.-Act. [3]

beigebracht und sich darauf als auf eine, den Umständen nach zulässige Vervollständigung ihres Beweismaterials berufen, und pag. 17.
ist zweitens in gegenwärtiger Instanz mit einem neuen Zeugenvorschlag behufs des Beweises der Illation der 3000 ℔ hervorgetreten.

Anlangend jenes Buch, so ist dasselbe vom Obergerichte mit Recht als beachtungsunwerth behandelt worden. Wenngleich nämlich in formeller Beziehung die Liquidantin mit einigem Schein darauf Bezug nimmt, daß sie schon in den früheren Acten auf die — den Umständen nach in dem Besitz des Curator bonorum, ihres ursprünglichen Proceßgegners, befindlichen — Bücher ihres Ehemannes sich berufen hat, z. B. in der Replik

Act. [56] p. 5/6.

also diese Bücher schon damals als ein für sie dienliches Beweismittel in Bezug genommen hat, so ist doch das producirte Buch materiell völlig werthlos. Die darin sich befindenden Aufzeichnungen oder Eintragungen sind nicht im ordentlichen pag. 18.
Lauf des Geschäfts unter anderen Aufzeichnungen oder Eintragungen der Zeitfolge nach vorgenommen worden, sondern das auf die Liquidantin Bezügliche ist auf zwei Blättern — den überhaupt nur in dem Buche geschriebenen — vermerkt und

Digitized by Google

zwar in einer unförmlichen, der Vermuthung, daß die Eintragungen später verändert worden sind, Raum gebenden Weise.

Was sodann den neuen Zeugenvorschlag betrifft, insofern die Liquidantin den bereits vernommenen Zeugen J. C. Hoppe nachträglich zu dem Zwecke vernommen wissen will, um die in dem Geschäft ihres Ehemannes erfolgte Verwendung der von ihr demselben angeblich zugebrachten 3000 ℛ, mittelbar also die Zubringung selbst, zu bewahrheiten; so kann, abgesehen davon, ob der Umstand, daß ihr Ehemann zu den bezeichneten Zeitpunkten Summen der betreffenden Größe ver-
peg. 19. wendet habe, auf eine vorhergehende Illation solcher Summen und zwar insonderheit auf eine Illation seitens der Liquidantin schließen lassen würde, über die prozessualische Unzulässigkeit des nachträglichen Zeugenvorschlages kein Zweifel bestehen. Der Liquidantin steht nämlich der Vorwurf grober Nachlässigkeit entgegen, daß sie den Zeugen J. C. Hoppe, von welchem sie zur Zeit der Beweisantretung gewußt zu haben angiebt, daß er für die Illation der 3000 ℛ als Zeuge dienlich sein könne,

O.-A.-Ger.-Act. [1] p. 26. 27.

gleichwohl diesen Zeugen nicht mit in Vorschlag brachte. Es ist aber feststehenden Rechtens, auch in der bisherigen Rechtssprechung des Ober-Appellationsgerichts stets festgehalten worden, daß auch bei processualischen Restitutionen, so wie bei dem beneficium novorum, nur Demjenigen zur Hülfe gekommen
pag. 20. wird, der es an der nöthigen Diligenz nicht hat fehlen lassen.

vgl. Bohne c. Tönnies uxor. nom. Bremen 20. Juli 1864.

Außerdem aber steht der Liquidantin hier der Umstand entgegen, daß der Zeuge Hoppe mittelbar über dieselben Thatsachen befragt werden würde, über welche schon früher eine Zeugenvernehmung Statt gefunden hat und das Protocoll den Parteien bereits zugestellt worden ist. Daß aber zu solchem Zweck neue Zeugen post apertos rotulos überhaupt nicht zugelassen werden sollen, steht auf Grund der

Clem. 2. de testibus

fest.

Vergl. auch das angezogene Erkenntniß in S. Bohne c. Tönnies.

Digitized by Google

Mußte somit das Erkenntniß der früheren Richter in Betreff des Beweises wegen der 3000 ℔ bestätigt werden, so lag doch in der Abänderung desselben in Beziehung auf pag. 21. einen Theil der Mobiliargegenstände ein Grund, um einen Theil der Kosten sowohl der zweiten als auch der gegenwärtigen Instanz, so wie im Erkenntniß geschehen, zu compensiren.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Haake in Niederbühren bei Bremen, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Berend Stürcken in Hasenbühren, Klägern, jetzt Appellaten, ein Grundstück, jetzt geführten Beweis betreffend, wird den Parteien der am 3. November d. J. erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und in Erwägung,

daß es sich in der vorliegenden Sache um das Eigenthum resp. das Aftermeierrecht und den Besitz an einem zum Acker- oder Gemüsebau verwandten Landstücke handelt, welches ausweise der in diesem Punkte von keiner der Parteien angefochtenen Aufzeichnungen der Cataster-Behörde

Unterger.-Act. [8]

Oberger.-Act. [6]

einen Flächeninhalt von nur $32^1/_5$ Quadratruthen oder circa $^1/_4$ Morgen hat, so daß in Mitberücksichtigung der Schätzung jener Behörde,

Oberger.-Act. [6]

welche den Werth des Landstückes auf 40 ℔ Gold veranschlagt hat, so wie des Umstandes, daß dieses letztere, nachdem es früher von dem Kläger und dessen Vorgänger gegen eine jährliche Vergütung von 60 Grote benutzt worden, vom Beklagten für eine jährliche Summe von $1^1/_2$ ℔ Gold verpachtet worden ist,

Unterger.-Act. [5] p. 2.

Digitized by Google

unbedenklich und ohne daß der ganz allgemeinen, jeder näheren Begründung entbehrenden beklagtischen Behauptung des Gegentheils

Oberger.-Act. Prot. p. 3.

Wirksamkeit beigelegt werden kann, angenommen werden darf, daß der Werth des Landstücks bei Weitem den Belauf der Appellationssumme von 300 ℔ Gold nicht erreiche;

daß auch dem obergerichtlichen Decrete vom 29. Juli d. J.

Oberger.-Act. Prot. ebendas.

darin nicht beigepflichtet werden kann, daß hier ein Fall des § 607 der Bremischen Gerichtsordnung nicht vorliege, indem, wie das Ober-Appellationsgericht schon früher ausgesprochen hat:

Bollmann c. Meyer, Erk. vom 26. September 1837.

der Begriff der Gegenstände von bestimmtem Werthe nicht darein zu setzen ist, daß darunter nur solche Dinge zu verstehen seien, welche schon an sich, ohne daß es einer Schätzung bedürfe, einen festen Werth haben, z. B. Geldsummen, Waaren, für welche ein Marktpreis vorhanden ist, u. dgl., sondern jener Begriff darin besteht, daß der Gegenstand „füglich" eine Schätzung zulasse und den Gegensatz von solchen Dingen bilde, bei welchen gar keine eigentliche Abschätzung, sondern nur eine arbiträre Veranschlagung Statt finde,

vergl. Brem. Ger.-O. § 8 sub b,

und darüber kein Zweifel bestehen kann, daß Werthschätzungen von Acker- und Landstücken keineswegs unmöglich sind, wie denn auch dies vom Ober-Appellationsgerichte früher angenommen worden ist:

Böse c. Westerfeld, Erk. vom 23. September 1853,
Plate c. Schumacher, Erk. vom 13. März 1858.

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Fristen der Appellation für gewahrt zu achten, das Rechtsmittel selbst aber, wie hiemit geschieht, als nicht anher erwachsen zu verwerfen und es demzufolge bei dem Erkenntnisse des Ober-

gerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 4. Juli d. J. zu belaſſen, auch Beklagter in die Koſten der jetzigen Inſtanz zu verurtheilen ſei.

Und wie nunmehr die Sache an das Untergericht zurückverwieſen wird, ſo ſoll das Obergericht erſucht werden, dieſes Erkenntniß dem Kläger inſinuiren zu laſſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. November 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Georg Poppe zu Bremen, Klägers, jetzt Appellantens, wider Louis F. Kalkmann & Co. daselbst, Beklagte, jetzt Appellaten, Provision betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Stadt Bremen vom 4. April 1864, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben und Mitbeklagter Uelzen verbunden sei, eidlich zu erhärten, entweder:

daß er dem Kläger auf dessen ihm an der Börse gemachte Anzeige dahin, er habe einen anderen Reflectanten auf das Schiff, und wolle nicht in die Lage kommen, sein 1 pro Cent Commission zu verlieren, nicht erwiedert habe: „Machen Sie uns nur keinen Kram; geben Sie das Geschäft nicht einem Anderen; Sie sollen Ihre Commission nicht verlieren;“

oder aber:

daß er bei dieser Aeußerung bereits gewußt habe, daß der Kläger von dem Mäkler der Verkäufer zu Antwerpen einen Commissions-Antheil

Digitized by Google

zu erwarten habe, und jene Aeußerung nur in Beziehung auf dieſen Commiſſions-Antheil gethan habe;

worauf in der Sache ſelbſt und der Koſten erſter Inſtanz halber weiter ergehen ſoll, was Rechtens.
— Die Koſten voriger und gegenwärtiger Inſtanz ſind zu vergleichen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwieſen.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 15. December 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) loco Dni. Secretarii

Dr. **Hugo Buchholz,**
Regiſtrator.

Entſcheidungsgründe.

Das Obergericht hat den von dem Handelsgericht dem
pag. 2. Uelzen auferlegten Beweis aus einem zwiefachen Grunde in Wegfall gebracht: einmal deshalb, weil das Eidesthema über die Behauptungen des Klägers hinausgehe, und zweitens um deswillen, weil ſeine Behauptungen, ſo wie ſie wirklich gemacht ſein ſollten, keinen Schluß darauf zuließen, daß die Beklagten dem Kläger für ſeine Bemühungen bei Gelegenheit des Ankaufs des Schiffes Morris eine Vergütung ſtillſchweigend zugeſagt hätten.

Von dieſen Gründen war der erſte zu verwerfen. Der Kläger hat ſich in der Klagſchrift [2] der Handelsgerichts-Acten dahin ausgeſprochen, er habe auf die an Uelzen in Betreff eines anderen Reflectanten und ſeiner, Poppe's, Commiſſion gemachte

Digitized by Google

Anfrage zur Antwort erhalten: „Der Kauf werde zu Stande kommen, und der Kläger solle seine Provision nicht verlieren.“ In der Replik

Prot. p. 5.

wird die Antwort so referirt: „Machen Sie uns nur keinen pag. 3.
Kram, geben Sie das Geschäft nicht einem Anderen; Sie sollen Ihre Commission von 1 pCt. nicht verlieren“ oder „erhalten“. In der Eidesform endlich

[5] der H.-G.-Act.

sind für die Antwort folgende Worte gebraucht: „Machen Sie uns nur keinen Kram; das Schiff ist so gut wie verkauft und Sie sollen Ihre Commission nicht einbüßen.“ Das Obergericht hat also mit Recht hervorgehoben, die von dem Handelsgerichte in den Eidessatz aufgenommenen Worte der Antwort, „der Kläger solle seine Commission nicht einbüßen, wenn Beklagte das Schiff kaufen würden“, entsprächen dem obigen Acteninhalt nicht. Allein es mußte mit dem Kläger

[1] S. 5 flg. der Oberappellations-Gerichts-Acten

angenommen werden, daß zwischen beiden Aeußerungen, der vom Kläger angegebenen und der vom Handelsgerichte dem Uelzen beigemessenen, ein erheblicher Unterschied nicht zu finden pag. 4.
sei. Mag man es nämlich auch immerhin zugeben, daß bei der von dem Handelsgerichte gewählten bedingten Fassung die Wahrscheinlichkeit, daß der Ausdruck „seine Commission“ sich auf eine von den Beklagten zu bezahlende bezogen habe, etwas stärker hervortrete, erheblich ist der Unterschied nicht.

Anlangend dagegen den zweiten Grund, so läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß wenn ein Beweisinterlocut, wie hier geschehen, auf eine stillschweigende Zusage, und nicht auf die Thatsachen gerichtet ist, aus welchen die Zusage geschlossen werden soll, jene Thatsachen in der Beweisinstanz angegeben werden müssen, und der Richter nunmehr die Frage zu beantworten hat, ob dieselben erheblich und die dafür gebrauchten Beweismittel stattnehmig seien. Im vorliegenden Falle also kommt Alles darauf an, ob in der behaupteten Thatsache ein pag. 5.

Digitized by Google

bündiger Schluß auf eine stillschweigende Zusage gefunden werden kann. Das Handelsgericht hat dieses angenommen. Allein weder die Aeußerungen des Klägers in der Replik beziehungsweise der von ihm vorgeschlagenen Eidesform, noch diejenige, welche das Handelsgericht diesen substituirt hat, schließen die Möglichkeit aus, daß sich die Antwort von Uelzen auf die Mittheilungen des Klägers auf eine diesem von dem Verkäufer zu bezahlende Commission bezogen habe. Nur dann müßten dieselben auf eine von den Käufern zu entrichtende Commission bezogen werden, wenn Uelzen damals von den Verhältnissen zwischen André und Poppe nichts gewußt hätte. Er konnte davon entweder durch Poppe unterrichtet sein, und dahin geht die von dem Kläger in Abrede genommene

Prot. p. 5.

Behauptung der Beklagten,

Prot. p. 2 und 10;

pag. 6. oder aber von Garrels, welchem André nach der Behauptung der Beklagten

Prot. p. 2 und 3

über die Theilung der Commission zwischen ihm und Poppe eine Mittheilung gemacht haben soll, unter Berücksichtigung, daß die fragliche Unterredung auf der Börse erst kurz vor Ankauf des Schiffes Statt fand, und mithin die Möglichkeit einer Benachtheiligung Uelzen's durch den Compagnon nicht ausgeschlossen ist. Es fragt sich daher weiter, ob es Sache der Beklagten war, im Wege des Gegenbeweises, Uelzen's Kunde von Poppe's Verhältniß zu André darzuthun, und ob sie, da solches von ihnen unterlassen ist, verpflichtet sind, sich um deswillen die ungünstige Erklärung der Worte Uelzen's gefallen zu lassen. — Dieser von dem Kläger

Prot. pag. 9,

[1] S. 8 der O.-A.-Ger.-Act.

pag. 7. geltend gemachten Ansicht steht aber entgegen, daß der Kläger für verpflichtet erachtet werden mußte, die Thatumstände anzugeben und darzuthun, aus welchen die stillschweigende Zusage der Provision sich ergeben würde. Nun haben aber die Be-

Digitized by Google

klagten bereits in der Vernehmlassung angegeben, daß Uelzen bei seiner Aeußerung an die von dem Verkäufer an Poppe zu zahlende Commission gedacht habe.

Prot. p. 3.

Da nun Niemand, welcher mit einem Andern im Gespräch steht, die Verpflichtung hat, in Bezug auf seine Aeußerungen, wenn dieselben möglicherweise mißverstanden werden können, sich aller Cautelen zu bedienen, damit er ja nicht mißverstanden werde, so ergiebt sich daraus von selbst, daß nicht die Beklagten der Beweis, wie Uelzen seine Aeußerung gemeint habe, trifft, sondern vielmehr pag. 8.
den Kläger der Beweis, daß sie nicht anders, als in seinem Sinne verstanden werden könne. Daraus folgt aber, daß der Kläger in dem vorliegenden Falle, wenn er den Vorgang zum Gegenstande einer Eideszuschiebung machen wollte, auch darüber den Eid zuschieben mußte, Uelzen habe zur Zeit seiner Aeußerung von dem Commissionsantheil Poppe's bei André keine Kunde gehabt, und daß, da er dieses unterlassen hat, die Beweisführung mangelhaft ist. Hienach könnte es scheinen, daß die Entscheidung des Obergerichts, welches den fraglichen Eid beseitigt hat, gerechtfertigt sei. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagten haben sich bereits in voriger Instanz

[2] S. 12. z. E. der O.-Ger.-Act.

bereit erklärt, ihre damalige Wissenschaft von dem Verhältniß Poppe's zu André zu erhärten, und auf diese Erklärung hätte um so mehr Rücksicht genommen werden müssen, als darin die ausdrückliche Kundgebung des Willens der Beklagten ent- pag. 9
halten ist, eine etwaige Unvollständigkeit in den gegnerischen Angaben bei der Eideszuschiebung in erster Instanz nicht rügen zu wollen, und es überdies zweifelhaft genannt werden kann, ob nicht im Fall einer unvollständigen Eideszuschiebung der unrichtig gewählten Form die richtige in Gemäßheit der Voracten zu substituiren gewesen wäre.

War demnach unter Verwerfung der ersten Beschwerde des Klägers in gegenwärtiger Instanz, auf Grund der eventuellen Beschwerde, mit welcher die Beklagten auch in jetziger Instanz selbst in Ansehung der Fassung sich einverstanden erklärt haben,

Digitized by Google

das vorige Erkenntniß, wie aus dem Urtheil ersichtlich, abzuändern, so konnte auch, da diese Abänderung einen wesentlichen
pag. 10. Punkt betrifft, welcher bereits auf Grund der Sachlage in voriger Instanz hätte beachtet werden müssen, die Vergleichung der in voriger und jetziger Instanz erwachsenen Kosten nicht vermieden werden, während die des ersten Verfahrens nach bekannten Rechtsgrundsätzen ausgesetzt werden mußten.

Zur Beglaubigung
(unterz. loco Dni. Secretarii
Dr. **Hugo Buchholz,**
Registrator.

Digitized by Google

Urtheil.

In Extrajudicialſachen Dr. Albert Gröning, J. G. Ehmk und C. B. Behling zu Bremen, als Vorſtands-Mitglieder des Vorſchuß-Vereins daſelbſt, Appellanten, betreffend Anmeldung des Vorſchuß-Vereins auf dem Firmen-Büreau, wird den Appellanten der am 10. December d. J. erfolgte Eingang der Voracten angezeigt, und

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanſeſtadt Bremen vom 26. September d. J. aufzuheben, und der Vorſchuß-Verein der Anmeldungspflicht, nach Maaßgabe der Verordnung, die Errichtung und Aufhebung von Handelsfirmen und Procuren betreffend, vom 13. Februar 1860 nicht unterworfen ſei.

Und wird nunmehr die Sache an das Handelsgericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. December 1864.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Formalien der von den Appellanten gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 26. September d. J. gerichteten Extrajudicial-Appellation stellen sich, da insbesondere der § 161 der
pag. 2. Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht gewahrt worden ist, als beachtet dar. — Auch die Appellabilität die Sache ist ohne Bedenken anzuerkennen. Zwar könnte es scheinen, als ob es lediglich eine Administrativ-Verfügung des Handelsgerichts — oder der von demselben für das Firmen- und Procuren-Wesen eingesetzten Commission — gewesen sei, gegen welche die Appellanten ihre Beschwerdenführung an das Obergericht und nunmehr an die dritte Instanz gerichtet haben: und läge Dies vor, so würde die Berufung der Appellanten an das Ober-Appellationsgericht, welchem nur in eigentlichen Justizsachen Competenz zusteht,

Bluhme Ober-A.-Ger.-Ordn. § 34. not. a.

unstatthaft sein. Allein die Verfügungen der unteren Instanzen in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, so wie überhaupt
pag. 3. die Anordnungen derselben, welche einen administrativen Character an sich tragen, sind dann und insofern bei dem Ober-Appellationsgerichte mittelst der Extrajudicialappellation anfechtbar, wenn und soweit sie Rechtsverletzungen enthalten. Und es läßt sich hier nicht bezweifeln, daß die Unterordnung des Vorschuß-Vereins und resp. der denselben bildenden Theilnehmer unter das in Rede stehende gesetzliche Regulativ, wenn dieselbe in dem bezüglichen Gesetze keine Stütze finden sollte, mit einer Rechtsverletzung für die Betheiligten verbunden sein würde. Den Theilnehmern des Vereins oder doch den Vorstands-Mitgliedern desselben würde nämlich die ihnen in dem vorgedachten Falle gebührende unbeschränkte Verkehrsfreiheit entzogen sein; sie würden zu gewissen von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Leistungen (Anzeigen, Auskunftsertheilungen, Comparitiven vor
pag. 4. dem Handelsgericht u. dgl.) verpflichtet, auch der Aufsicht resp.

Digitized by Google

der Strafgewalt des Handelsgerichts unterworfen sein, ohne daß hiefür ein Rechtsgrund bestände.

Die hienach erforderlich werdende Beurtheilung der Sache selbst führte zu einem den Anträgen der Appellanten entsprechenden Ergebniß. Es kommt bei derselben, außer auf den wesentlichen Character des appellantischen „Vereins“ auf den Inhalt der Verordnung von 1860 und zwar insonderheit auf den Sinn der Worte des § 10 an, daß auch auf solche Gesellschaften, welche weder Actien- noch offene Gesellschaften (§§ 5—9 und 3/4) sind, die Bestimmungen des in Rede stehenden Gesetzes Anwendung finden sollen,

> „sofern sie Handelsgeschäfte betreiben, Versicherungen übernehmen, oder sonst einen Erwerb zum Zweck haben, mögen sie mit Corporationsrechten versehen sein oder nicht.“

Nur wenn die vorstehenden Worte, und zwar, da der Betrieb von Handelsgeschäften und die Uebernahme von Versicherungen hier außer Frage stehen, der Passus „oder sonst einen Erwerb zum Zweck haben,“ auf den appellantischen Verein Anwendung leiden sollten, würde den früheren Instanzen in deren den appellantischen Verein betreffenden Auffassung beigetreten werden können.

Da das Gesetz bestimmte Kategorien von Personen und Gesellschaften als diejenigen aufstellt, auf welche die in Rede stehenden Vorschriften Anwendung finden sollen — wie es denn ohnehin selbstverständlich ist, daß ohne bezüglichen gesetzlichen Ausspruch eine Unterordnung irgend Jemandes, möge er eine einzelne oder eine Collectiv-Person sein, unter die fraglichen Anordnungen nicht angenommen werden kann, — so reicht, um die angefochtene Verfügung zu rechtfertigen, nicht schon der Umstand aus, wenn eine Declarirung des Vorschuß-Vereins auf dem Firmen-Bureau im Sinne derjenigen Erwägungen motivirt erscheinen sollte, von welchen die Gesetzgebung geleitet worden ist, als sie die in der Verordnung aufgeführten Gesellschaften den bezüglichen Vorschriften unterordnete.

Auch wird hieran nicht etwa dadurch etwas geändert, daß,

Digitized by Google

worauf die vorigen Richter hingewiesen haben, ausweise der Vorverhandlungen über die in Rede stehende Verordnung man bemüht gewesen ist, den Ausdruck des fraglichen § so zu wählen, daß nicht wohl eine Gesellschaft, sobald eine Anzeigepflicht im öffentlichen Interesse geboten sei, sich derselben zu entziehen vermögen werde.

Brem. Bürger-Convents-Verhandl. 1859. S. 332.

Denn erstens liegt nirgendwo ein Ausspruch des Gesetzes dahin vor, daß es nicht sowohl auf die Worte des § 10, sondern auf die den Gerichten — zunächst dem Handelsgerichte — zu überlassende Beurtheilung der Frage ankommen solle, ob auf die etwanigen nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifelhaften Fälle die ratio legis Anwendung leide; und zweitens stellt das Gesetz zwei Gesichtspunkte neben einander auf, denjenigen des Interesses der Oeffentlichkeit, und den anderen der Zweckbestimmung der Gesellschaften. Es will, daß man den „Zweck" in's Auge fasse, und hiernach unter den verschiedenen in großer Mannigfaltigkeit möglichen Gesellschaften unterscheide. — Der Wahl des Ausdruckes:

„Gesellschaften, welche einen Erwerb zum Zweck haben,"

liegt demnach nicht die Absicht zu Grunde, daß keine Gesellschaft überhaupt, sondern nur, daß keine Gesellschaft der bezeichneten Art der Anzeigepflicht sich solle entziehen können.

Hiernach kommt es allein darauf an, ob der Vorschuß-Verein, seiner Organisation und Zweckbestimmung nach, auf „Erwerb" gerichtet ist? Dies ist zu verneinen.

Der Zweck des Vereins ist im § 1 der Statuten dahin angegeben, daß

> „die Mitglieder durch ihren Zusammentritt sich gegenseitig durch ihren gemeinschaftlichen Credit die zu ihrem Gewerbs- oder Geschäftsbetriebe erforderlichen Geldmittel verschaffen wollen,"

und auch im Uebrigen ergiebt es sich aus den Statuten, daß diesem Zwecke alle Einrichtungen des Vereins sich unterordnen. Ueber ihn hinaus wird bei denselben nirgendwo gegangen, und insonderheit berührt es den Verein nicht, welche Verwendung

Digitized by Google

die Vorschüsse, die den Mitgliedern von dem Verein gegeben werden, bei denselben finden; wie denn auch der Ertrag, wenn die Mitglieder durch ihre Arbeitskraft, unter Verwendung oder pag. 9.
Mitverwendung des Vorschusses einen solchen erlangen, keineswegs als ein Ergebniß der Vereins-Wirksamkeit angesehen werden kann.

Bedeutungslos im Sinne der entgegenstehenden Auffassung ist der § 9 der Statuten, nach welchem, unter dem Namen „Dividende“ Dasjenige, was von den an den Verein von seinen Mitgliedern im Entlehnungsfalle zu zahlenden Zinsen von $8\frac{1}{3}$ und im Falle des Verzugs von 10 Procent (§ 8) und den sonstigen Einlagen nicht zur Deckung der seitens des Vereins seinen Darleihern zu vergütenden (muthmaßlich niedrigeren) Zinsen und den Verwaltungskosten zu verwenden ist, am Jahresschlusse den Mitgliedern nach Maaßgabe deren Guthaben (§ 6) zurückvergütet werden soll. — Nach der Organisation und der Wirksamkeit des Vereins ist die Erlangung des in Rede stehenden Ueberschusses etwas Unwesentliches; die Theilnehmerschaft an dem Verein kann (wenigstens ordentlicher pag. 10.
Weise) durch die Aussicht auf Theilnahme an jener Ueberschuß-Vertheilung nicht motivirt werden, und von einem „Erwerbe des Vereins“ ist hierbei schon deshalb nicht zu reden, weil es nicht von Außen ihm zukommende oder von ihm zu erlangende Geldmittel sind, welche zur Vertheilung kommen, es sich vielmehr — wie schon hervorgehoben worden ist — nur um die Rückvergütung des von den Mitgliedern zuviel Eingezahlten handelt.

Nach dem Allem mußte ausgesprochen werden, daß der Vorschuß-Verein durch die Vorschriften der Verordnung vom 13. Februar 1860 nicht betroffen werde, und es war mithin auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen des Obergerichts und der Handelsgerichts-Commission zu erkennen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Friedrich Andreas Perthes in Gotha, Klägers, jetzt Appellantens, gegen Johann Gottlieb Arndt in Bremen, Beklagten, jetzt Appellaten, Schadensforderung wegen Nachdrucks betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschiehe, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 15. December 1862, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 28. December 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr., Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Beantwortung der Frage, ob und eventualiter unter welchen Vor- pag. 2.
aussetzungen durch Aufnahme einzelner Gedichte oder kürzerer Abschnitte aus anderen Werken in eine zum Schulgebrauche veranstaltete Sammlung von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller ein strafbarer Nachdruck begangen werde?

Bei der Beantwortung dieser Frage sind, da in Bremen besondere den Nachdruck betreffende Gesetze nicht erlassen worden, zunächst die daselbst publicirten Bundesbeschlüsse (insbesondere die Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845) in Betracht zu ziehen. Aus denselben ist hervorzuheben, daß die Regierungen sich über gewisse Grundsätze zu Gunsten der literarischen und artistischen Erzeugnisse geeinigt haben, namentlich darüber, daß die mechanische Vervielfältigung solcher Erzeugnisse ohne Einwilligung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers für einen bestimmten Zeitraum verboten und der pag. 3.
Contravenient neben der Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten in eine Geldstrafe zu verurtheilen sei. Die Bundesversammlung erwartete, daß diese allgemeinen Grundsätze von den Bundesregierungen durch specielle Gesetze oder Verordnungen in Ausführung gebracht würden.

An einer genauen Feststellung des Thatbestandes des Nachdrucks, welcher nach den Bundesbeschlüssen als ein auf Vermögensbeschädigung gerichtetes, auf Antrag des Verletzten zu bestrafendes Delict erscheint, fehlt es gänzlich.

Bei Erlaß des Bundesbeschlusses von 1837 war es nicht die Meinung, eine specielle und vollständige Umgrenzung dessen zu geben, was unter das Verbot des Nachdrucks fallen sollte. Von dieser Absicht war die Bundesversammlung vollständig zurückgetreten, nachdem die Jahre lang geführten Verhandlungen pag. 4.
über eine umfassende, das Verbot des Nachdrucks normirende Gesetzgebung, denen anfangs ein in die Details eingehender

Digitized by Google

Entwurf vom 9. Februar 1819 zu Grunde gelegt wurde, die Schwierigkeiten eines solchen Unternehmens aufgedeckt hatten, und begnügte man sich damit, für ganz Deutschland den Nachdruck positiv für verboten und strafbar zu erklären, was immerhin schon ein entscheidendes Resultat war, da die Bundesversammlung

vgl. Bundesbeschluß vom 9. November 1837, Art. 5.

der Ansicht beitrat, daß der Nachdruck bis dahin gemeinrechtlich nicht als Delict aufzufassen sei. Was früher durch Privilegien in einzelnen Fällen den Autoren und Verlegern von einzelnen Staaten gewährt worden und demnächst in einzelne Particular-
pag. 6. gesetze übergegangen war — das Verbot des Nachdrucks — sollte in Deutschland allgemeine Gültigkeit haben.

Wenn man sich zur Bezeichnung des Nachdrucks der Worte „mechanische Vervielfältigung" bediente, so wollte man damit nur die verschiedenen Formen der Nachbildung (Druck, Lithographie, Abschreiben, Kupferstich, Stahlstich u. s. w.) in einen Ausdruck zusammenfassen, da man voraussetzte, daß die Bestimmungen des Bundesbeschlusses, und also gewiß vorzugsweise der aufgestellte Begriff des Nachdrucks, die nähere Erläuterung und Ergänzung in den Particulargesetzgebungen finden werde.

vergl. Bundesbeschluß vom 9. November 1837. Art. 6.

Schon diese im Bundesbeschlusse von 1837 selbst ausgesprochene Voraussetzung schließt den Gedanken aus, daß mit dem Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" eine vollständig fertige Beschrei-
pag. 7. bung des Thatbestandes des strafbaren Nachdrucks hätte gegeben werden sollen. Eine buchstäbliche Anwendung würde denn auch gar nicht durchführbar sein und den Autoren und Verlegern selbst ebensogut zur Beschwerde gereichen, wie dem Publicum. Man kann daher gar nicht umhin, den gebrauchten Ausdruck nach dem Zwecke des Gesetzes näher zu bestimmen und da dieser kein anderer war, als der pecuniairen Verwerthung der literarischen und artistischen Erzeugnisse einen Schutz zu gewähren, so ist die vom Gesetze verbotene Handlung als ein Vermögensdelict aufzufassen, und zu der Frage, ob die Nachbildung eines literarischen Erzeugnisses entweder ganz oder doch

Digitized by Google

so gut als ganz in einer bloß mechanischen Vervielfältigung bestehe, immer noch die zweite Erwägung hinzuzunehmen, ob das neue Druckwerk seiner Bestimmung und seiner ganzen Einrichtung und Beschaffenheit nach geeignet sei, das Originalwerk pag. 7.
im Gebrauche zu ersetzen. Nur eine richtige Combination beider Erwägungen wird im einzelnen Falle erkennen lassen, ob eine Druckschrift als wirklicher Nachdruck anzusehen sei oder nicht.

Daß der Ausdruck „mechanische Vervielfältigung" in diesem Sinne zu verstehen und nicht buchstäblich zu nehmen sei, wird gerade in Betreff der durch Auszüge aus den Werken mehrerer Autoren hergestellten Sammelwerke zum Schulgebrauche bestätigt durch das Verhältniß, in welchem die deutschen Particulargesetze zu den Bundesbeschlüssen über den Nachdruck stehen.

Soviel die Gesetze über den Nachdruck *vor* dem Bundesbeschlusse in 1837: in Baden das Landrecht, Luxemburg 2. Jan. 1817, Anhalt-Dessau 15. Novbr. 1827, Anhalt-Koethen 23. Decbr. 1828, Hessen-Cassel 16. Mai 1829, Hessen-Darmstadt 23. Septbr. pag. 8.
1830, Sachsen-Coburg-Gotha 18. Septbr. 1828, Sachsen-Meiningen-Hildburghausen 7. Mai 1829, Preußen 11. Juni 1837, als auch die *nach* dem gedachten Bundesbeschlusse erlassenen Gesetze: in Sachsen-Weimar-Eisenach 11. Jan. 1839, Baiern 15. April 1840, Braunschweig 10. Febr. 1842, Oesterreich 19. Octbr. 1846, Hamburg 25. Novbr. 1847, erwähnen die Aufnahme einzelner Aufsätze, Gedichte ꝛc. in Sammlungen, in mehreren derselben wird ausdrücklich der Zweck des Schulgebrauchs hinzugefügt. Uebereinstimmend aber wird in allen diesen Gesetzen ausgesprochen, daß eine solche Aufnahme in Sammlungen *kein unerlaubter Nachdruck* sei, in dem Oesterreichischen Gesetze mit der ganz singulären Beschränkung, daß die Originalquelle anzugeben sei und die in ein Sammelwerk aufzunehmenden Stücke nicht über *einen* Druckbogen pag. 9.
ausmachen dürfen.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß in den Staaten, in welchen schon vor 1837 Anthologien und ähnliche Sammelwerke namentlich zum Schulgebrauche für erlaubt erklärt waren, diese Bestimmung auch nach dem Bundesbeschlusse von 1837 als

Digitized by Google

unverändert fortbestehend behandelt wurde, indem man eben durch solche vorausgegangene Gesetze den Vorbehalt im Art. 6. des Bundesbeschlusses für erledigt hielt.

Z. B. in Preußen wurde der Bundesbeschluß vom 9. Novbr. 1837 am 11. December desselben Jahres publicirt und erst hinterher am 16. December die Verordnung vom 11. Juni 1837 zum Schutze gegen den Nachdruck, welche im § 4 die Aufnahme von Aufsätzen anderer Autoren in Sammlungen zum Schulgebrauche ausdrücklich gestattet. — Ferner in Sachsen-Coburg-
pag. 10. Gotha, wo das Gesetz von 1828 die Auszüge aus andern Werken in Form von Chrestomathien und Anthologien im § 6 für erlaubt erklärte, geschah die Publication des Bundesbeschlusses von 1837 mit dem Zusatze: Es solle darauf gesehen werden, daß der Beschluß sowohl überhaupt als insbesondere auch hinsichtlich der im Art. 1 dem Verlagsrechte gegebenen Ausdehnung gehörig beobachtet werde, „in welcher Beziehung den in der Verordnung vom 18. September 1828 desfalls vorgeschriebenen Anordnungen nachzugehen ist, wie denn überhaupt diese Verordnung in allen den Fällen, wo dieselbe im Bundesbeschlusse nicht begriffene Bestimmungen enthält, nach wie vor ihre gesetzliche Kraft behält.“ — Ebenso wurde in Sachsen-Meiningen, nach dessen Gesetz Chrestomathien, Anthologien u. dgl. nicht für Nachdruck erachtet werden sollen, der Bundesbeschluß von 1837 mit dem Zusatz publicirt, daß die Verordnung von 1829 fort-
pag. 11. während in Kraft bleibe.

Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß die Gesetze, welche nach 1837 erlassen wurden, von den einzelnen Staaten und von der Bundesversammlung nicht als eine Abänderung, sondern als eine Ausführung des Bundesbeschlusses von 1837 angesehen wurden und nur so angesehen werden können, weil man sonst zu der Annahme gelangen würde, die betreffenden Bundesregierungen hätten die so eben beim Bunde angenommenen Grundsätze über das Verbot des Nachdrucks durch die resp. Particulargesetze wieder aufheben wollen. Daß dies nicht die Meinung war, zeigt, um nur einzelne Beispiele anzuführen, die Auffassung Preußens, welches durch das Gesetz vom 11. Juni

Digitized by Google

1837 einen über den Bundesbeschluß von 1837 hinausgehenden Schutz gegen den Nachdruck zu gewähren beabsichtigte, und das die Auszüge aus fremden Werken gleichfalls gestattende Weimarsche Gesetz vom 11. Januar 1839, welches im pag. 12.
Eingange sagt, es solle der Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung in noch weiterem Umfange gesichert werden, als es durch den publicirten Bundesbeschluß geschehen sei.

Auch diejenigen Staaten, welche in ihren den Nachdruck betreffenden Gesetzen des speciellen Falls der Sammelwerke nicht gedenken, wie Sachsen, Hannover und Würtemberg, vermeinten keineswegs, daß der Ausdruck des Bundesbeschlusses „mechanische Vervielfältigung" buchstäblich zu verstehen sei, wie dies aus den Aeußerungen dieser Staaten bei Gelegenheit der Verhandlungen am Bundestage hervorgeht.

Vgl. Protocolle der Bundesversammlung Bd. IX. Seite 137. Jahrg. 1843. Seite 684, 1844 Seite 856.

Endlich aber ist noch darauf hinzuweisen, daß der schon oben erwähnte, den Berathungen in der Bundesversammlung pag. 13.
zu Grunde gelegte Entwurf vom 9. Februar 1819 in Art. 11 Auszüge aus anderen Werken in Sammlungen für erlaubt erklärt und daß keine der Bundesregierungen gegen den Inhalt des Art. 11 sich ausgesprochen hat, der denn auch in verschiedenen Fassungen in die meisten Particulargesetze übergegangen ist.

Ist nun aber die Bedeutung des Bundesbeschlusses die angegebene, so muß man daraus folgern, daß auch die Staaten, welche sich einfach auf Publication desselben beschränkten, nicht gemeint sein konnten, damit ein buchstäblich zu vollziehendes Strafgesetz zu erlassen, sondern daß sie den darin bloß angedeuteten Begriff des Nachdrucks als einen herkömmlichen und doctrinell näher bestimmbaren voraussetzten. Man wollte durch positive Gesetzesbestimmung nur das für strafbar erklären, pag. 14.
was in Deutschland schon allgemein als unerlaubt angesehen wurde, aber nicht, wozu auch die gewählte unbestimmte Wortfassung ganz ungeeignet war, einen neuen Begriff des Nachdrucks aufstellen. Man durfte einen herkömmlichen Begriff des Nachdrucks aber wohl voraussetzen. Denn wenn auch der Nachdrucker

Digitized by Google

1837 gemeinrechtlich nicht mit Strafe bedroht war, so existirten doch schon längst Privilegien und einzelne Particulargesetze gegen denselben, und seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts wurde die Ansicht immer allgemeiner, daß der Nachdruck für einen unerlaubten Eingriff in die Privatrechte der Autoren und Verleger zu halten sei.

Vgl. Wahlcapitulation von 1790. Art. VII. § 1.
Runde Privatrecht. § 197 c.
Danz Handbuch. Bd. 2. Seite 224 flg.
pag. 15. Eichhorn deutsch. Privatrecht. § 386.

Das oben Ausgeführte wird durch die tägliche Uebung auch in den Staaten bestätigt, deren Gesetze Sammelwerke der fraglichen Art nicht speciell erwähnen. Es erscheinen auch in diesen Staaten alljährlich Sammelwerke zum Schulgebrauche und ist es zugleich bekannt, daß solche Sammlungen ungehindert von den Gesetzen über den Nachdruck im Verkehr bisher in ganz Deutschland die allgemeinste Verbreitung gehabt haben. Jolly (Lehre vom Nachdruck Seite 158) macht in dieser Beziehung die ganz richtige Bemerkung, daß diese Sitte nicht eine charakterlose Indulgenz gegen ein nur halb erkanntes Unrecht sei, sondern daß sie fest begründet in der Rechtsanschauung des Volks wurzele. Zwar beruft sich Kläger unter Bezugnahme auf
pag. 16. Waechter, das Verlagsrecht, § 41 seq.
darauf, daß solche Sammelwerke nach der Bundesgesetzgebung für verbotenen Nachdruck und für erlaubt nur in den Staaten zu halten seien, in welchen die Particulargesetzgebung dies ausdrücklich ausspreche. Das Irrige dieser Auffassung aber folgt daraus, daß die Particulargesetze nicht als Beschränkungen der Bundesbeschlüsse anzusehen sind, da sich gezeigt hat, daß dieselben nur die weitere Ausführung der vom Bunde sanctionirten Grundsätze enthalten.

So ergiebt sich denn als Antwort auf die vorangestellte Frage das Folgende:

Die aus den Aufsätzen fremder Autoren zum Zwecke des Unterrichts in den Schulen zusammengestellten Sammlungen, welche die durch den beabsichtigten Zweck vorgezeichneten Grenzen

Digitized by Google

nicht überschreiten, sind für unerlaubten Nachdruck zu keiner pag. 17.
Zeit gehalten worden und, da es nicht die Meinung der Bundesgesetzgebung gewesen ist, an dem schon damals bestehenden Begriffe des Nachdrucks irgend etwas zu ändern, so sind Sammelwerke dieser Art auch in den Staaten, welche sich lediglich mit der Publication der Bundesbeschlüsse über den Nachdruck begnügten, für erlaubt zu halten. Selbstverständlich aber ist hierbei — übrigens auch für die Staaten, welche durch Gesetz derartige Sammlungen ausdrücklich erlaubt haben — die aus dem Zwecke der Nachdrucksgesetzgebung hervorgehende Beschränkung, daß die Form eines Sammelwerkes nicht gewählt werden darf, um das Verbot des Nachdrucks zu umgehen.

II. Legt man diesen Maaßstab der Beurtheilung an die pag. 18.
im gegenwärtigen Processe zur Frage stehenden Lesebücher, so ist

1) unzweifelhaft ein unerlaubter Nachdruck nicht anzunehmen hinsichtlich des „ersten Lesebuchs", welches aus sämmtlichen Hey'schen Fabeln ꝛc. nur 8 Stücke ganz und 3 Stücke theilweise enthält, und hinsichtlich des „Lesebuchs für Volksschulen", welches nur eine Hey'sche Fabel und 4 Stücke aus dem Anhange zu den Fabeln aufgenommen hat. Daß bei einer so beschränkten Benutzung eines fremden Werks die Grenzen nicht überschritten worden, innerhalb deren die Aufnahme von Auszügen aus den Werken anderer Schriftsteller in ein zum Lehrgebrauche in Schulen bestimmtes Sammelwerk statthaft ist, bedarf einer weiteren Ausführung nicht.

2) Zweifelhafter könnte die Beurtheilung erscheinen hinsichtlich des „zweiten Lesebuchs". Zwar ist auch hier so viel gewiß, daß die Aufnahme von 6 Stücken (3 ganz und 3 unvollständig) aus der Schrift: „Noch 50 Fabeln für Kinder" einen Nachdruck dieser Schrift nicht enthält. Aber es sind außerdem pag. 19.
aus der Schrift „50 Fabeln für Kinder" und dem dazu gehörigen (91 verschiedene Stücke enthaltenden) Anhange resp. 30 Fabeln und 8 Stücke aufgenommen. Indessen ist auch in dieser allerdings umfänglicheren Benutzung des gedachten Werks ein unerlaubter Nachdruck nicht zu finden. Denn das „zweite Lesebuch" ist eine nach einem bestimmten Systeme geordnete

Digitized by Google

Zusammenstellung von 313 Gedichten und zum Theil längeren prosaischen Aufsätzen verschiedener Autoren, welche einem ganz anderen Zwecke dienen soll, als die mitbenutzten Hey'schen Fabeln. Letztere sind, wie die darin enthaltene Nachschrift an die Eltern selbst besagt, nicht zum Gebrauche in Schulen geeignet, während das „zweite Lesebuch" lediglich diese Bestimmung hat. Die benutzten Auszüge aus dem Heyschen Werke enthalten eine ganz
pag. 20. veränderte Bedeutung dadurch, daß sie untermischt mit einem aus zahlreichen anderen Werken entnommenen Stoffe in einen Zusammenhang gebracht sind, den sie in dem Heyschen Werke nicht haben, so daß, worauf der Beklagte sich mit Grund beruft, das fragliche Lesebuch selbst als ein eigenthümliches literarisches Erzeugniß und Product einer besonderen geistigen Thätigkeit erscheint. Dazu kommt, daß den Heyschen Fabeln gerade durch die beigefügten Speckterschen Bilder ihre charakteristische Bedeutung gegeben wird, welche sie von allen übrigen Schriften dieser Art unterscheidet, daß aber in dem „zweiten Lesebuch" diese Bilder ganz fehlen. Aus allem diesen ergiebt sich, daß die Reproduction der Fabeln und Stücke aus dem Hey'schen Werke, wenn auch die Zahl der ausgezogenen Stellen nicht geringe ist, in so veränderter Gestalt erfolgte, daß durch die Aufnahme derselben in eine zum Lehrgebrauche dienende
pag. 21. Sammlung von Gedichten, Aufsätzen ꝛc. verschiedener Autoren ein versteckter Nachdruck nicht begangen worden. Wenn auch die Vervielfältigung eines Theils der Heyschen Fabeln ꝛc. als eine mechanische (durch Wiederabdruck) sich herausstellt, so läßt sich doch nach dem Dargelegten mit Grund nicht behaupten, es sei in das „zweite Lesebuch" so viel aus den Heyschen Fabeln aufgenommen, daß diese selbst im Wesentlichen nur unter Hinzufügung anderen Stoffes sich wiedergegeben fänden; es ist vielmehr das „zweite Lesebuch" seiner Bestimmung und seiner ganzen Anlage nach ungeeignet, den Vertrieb der Heyschen Fabeln im Buchhandel zu beeinträchtigen; es ist nicht geeignet, die letzteren in irgend einer Weise zu ersetzen, da die Benutzung desselben nichts von dem bietet, was bei Anschaffung der Heyschen Fabeln intendirt wird.

Digitized by Google

Es fehlt mithin das für den Begriff des Nachdrucks außer der mechanischen Vervielfältigung erforderliche weitere Requisit, daß das neue Druckwerk geeignet sei, das Originalwerk im Drucke zu ersetzen, und ist daher ein wirklicher Nachdruck nicht vorhanden. pag. 22.

III. Die Ausführungen des Klägers, durch welche er den Thatbestand des unerlaubten Nachdrucks nachzuweisen versucht, sind zum größten Theile schon durch das Obige widerlegt und müssen auch, soweit dieselben noch nicht berührt sind, für unzutreffend erachtet werden.

1) In der Untersuchungssache wider Ordemann und Münkel, in welcher eine Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts unterm 30. Juni 1856 erging, handelte es sich darum, ob in dem besonderen Abdrucke eines Artikels oder mehrerer aus einem Sammelwerke ein strafbarer Nachdruck liege. Jetzt liegt gerade der umgekehrte Fall vor: Aufnahme einzelner Stücke aus einer fremden Schrift in ein Sammelwerk. Die Bezugnahme auf die damalige Entscheidung erscheint hiernach fehlsam. Uebrigens ist schon in der Sache Ordemann und Münkel vom Ober-Appellationsgerichte erkannt worden, daß ein Sammelwerk der vorliegenden Art unter Umständen nicht als Nachdruck, sondern als selbstständiges literarisches Erzeugniß anzusehen sei. pag. 23.

2) Die Aufstellung, auch der Wiederabdruck einer einzigen Heyschen Fabel sei unerlaubt, weil diese Fabeln einzeln gedruckt und verkauft werden könnten, ist unbegründet, da Kläger behauptet, daß der Nachdruck hinsichtlich eines in bestimmter Form veröffentlichten Werks begangen worden, es also nur darauf ankommen kann, ob in Bezug auf die Heyschen Schriften, so wie sie publicirt worden, ein Nachdruck vorgekommen ist oder nicht.

3) Durch den innerhalb gewisser Grenzen erlaubten Nachdruck von Auszügen aus anderen Werken in der Form von Sammelwerken wird der Schutz gegen den Nachdruck keineswegs illusorisch, wie der Kläger vermeint. Derselbe wird dadurch, wie gezeigt worden, nur auf das richtige Maaß zurückgeführt. pag. 24.

IV. Kläger hat in gegenwärtiger Instanz der in der

Digitized by Google

Untersuchungssache wider Dubbers und Consorten erlassenen Declaration des Obergerichts vom 22. September 1860 die Deutung zu geben versucht, als stehe durch dieselbe rechtskräftig fest, daß eine Abweisung seiner jetzigen auf die Civilansprüche aus der Herausgabe der fraglichen Lesebücher gerichteten Klage nicht mehr erfolgen dürfe. Diese Aufstellung ist nicht recht verständlich und erhält auch dadurch keinen Sinn, daß Kläger
pag. 25. in die gedachte Declaration einen Vorbehalt von Civilansprüchen hineinlegt; denn wenn auch ein solcher Vorbehalt ausgesprochen wäre, so müßte doch immer noch erst eine Anerkennung der vorbehaltenen Ansprüche im Wege des Processes durchgesetzt werden.

V. 1) Hat sich ergeben, daß ein Nachdruck durch die Herausgabe der incriminirten Lesebücher nicht begangen worden, so folgt von selbst die Abweisung der erhobenen Klage und sind von den 7 klägerischen Beschwerden voriger Instanz, welche (außer der inhaltlosen achten generellen Beschwerde) auch in gegenwärtiger Instanz vermöge der jetzigen ersten Beschwerde des Klägers in Betracht kommen, unbegründet die 1te, 2te, 3te und die eventuelle 6te Beschwerde.

2) Auch auf die eventuelle 4te Beschwerde, daß nicht nach Maaßgabe des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1845 vorab
pag. 26. auf Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens, mindestens soweit der durch das „zweite Lesebuch“ verübte Nachdruck in Frage komme, erkannt sei — konnte nicht eingegangen werden. Denn da die in dem Bundesbeschlusse von 1845 sub 7 vorausgesetzte nähere Bestimmung der Landesgesetze über die Zuziehung von Sachverständigen in Bremen nicht erlassen worden, der Bundesbeschluß selbst auch die Zuziehung von Sachverständigen dem Ermessen des Richters überläßt, so waren die Gerichte selbst in der Lage, über die Frage, ob der Nachdruck liquide sei, zu entscheiden. Es bedurfte aber für den Richter im gegenwärtigen Falle nicht erst der Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen, um zu dem Resultate zu gelangen, daß kein Nachdruck vorliege, da die in Frage stehenden literarischen Erzeugnisse, sowohl das Originalwerk als die incriminirten

Digitized by Google

Lesebücher von der Art sind, daß die Anstellung der nöthigen pag. 27.
Vergleichung keine besonderen wissenschaftlichen und technischen Kenntnisse erforderte, der Richter die sichere Beurtheilung vielmehr sich selbst auch ohne Beihülfe Sachverständiger zutrauen durfte.

3) Ebensowenig war der eventuellen 5ten Beschwerde, daß nicht den Anträgen des Klägers gemäß eventualiter in anderer Weise auf Beweis erkannt sei, zu entsprechen. Der Beklagte bedurfte, wie sich gezeigt hat, gar nicht der Berufung darauf, es habe sich in Bremen ein Gewohnheitsrecht, wonach Sammelwerke dem Nachdrucksverbote nicht unterliegen, gebildet. Wenn aber Kläger event. um Nachlassung des Beweises eines Bremischen Gewohnheitsrechts gebeten, wonach auch Sammelwerke der Nachdrucksbestimmung unterworfen seien, so entbehrt diese Behauptung der genügenden thatsächlichen Begründung, der es um so mehr bedurfte, als hier ein Gewohnheitsrecht in Frage stehen würde, das sich auf eine für Bremen erst durch pag. 28.
die Bundesgesetze für strafbar erklärte Handlung bezieht. Wollte nun Kläger sich darauf berufen, der Thatbestand dieses Delicts sei in der Bremischen Rechtsprechung anders aufgefaßt worden, als in den übrigen deutschen Staaten, so mußte er mit Bestimmtheit behaupten, es seien in Bremen schon Urtheile der Gerichte in dem ihm günstigen Sinne ergangen, in specie es sei von den Bremischen Gerichten die Herausgabe von Sammlungen aus anderen Werken als Nachdruck geahndet worden. Zu dieser Behauptung ist der Kläger nicht im Stande gewesen, und erscheint daher die Behauptung eines Gewohnheitsrechts ungenügend motivirt.

4) Mit der siebenten Beschwerde in zweiter Instanz und der zweiten Beschwerde gegenwärtiger Instanz begehrt Kläger die Compensation der Proceßkosten wegen Zweifelhaftigkeit der Sache und weil das Obergericht in der erwähnten Declaration selbst die Aussicht auf eine andere Behandlung der Sache für pag. 29.
den Kläger eröffnet habe. Das Fehlsame der letzteren klägerischen Anführung ist schon oben sub IV. dargelegt worden. Aber auch die Zweifelhaftigkeit der Sache in dem Maaße, daß

Digitized by Google

deshalb eine Compenſation der Koſten eintreten mußte, iſt nicht vorhanden, zumal nicht einmal vorliegt, daß über die zu entſcheidende Frage abweichende Erkenntniſſe überhaupt ergangen ſind, Kläger aber, nachdem bereits ein ausführlich motivirtes ungünſtiges Erkenntniß in der Unterſuchungsſache wider Dubbers und Conſorten vorlag, ſich ſelbſt ſagen mußte, daß er die gegenwärtige Klage nur mit geringer Ausſicht auf Erfolg anſtellen könne. Somit iſt auch dieſe klägeriſche Beſchwerde unbegründet.

VI. Da unter Verwerfung ſämmtlicher klägeriſcher Be-
pag. 30. ſchwerden die Beſtätigung des angefochtenen obergerichtlichen Erkenntniſſes erfolgen mußte, ſo war der Kläger auch in die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Urtheil.

In Appellations-Sachen der Bauerschaft Rockwinkel, Beklagter, jetzt Appellantin, wider Alexander Fritze Wittwe, Caroline, geb. Derkhiem, zu Bremen, Klägerin, jetzt Appellatin, Wegegerechtigkeit betreffend, wird den Parteien angezeigt, daß die requirirten Voracten am 3. November d. J. eingegangen sind, und in Erwägung:

1) daß die von Gerhard Schlengemann als Landgeschworenen der Bauerschaft Rockwinkel, am 30. Juli 1863 zum Angabebuche der Kanzlei des Erbe- und Handfesten-Amtes gemachte Anzeige bezüglich des jetzt allein noch streitigen Weges a—b des Grundrisses [7] der Untergerichts-Acten dahin ging: derselbe sei ein öffentlicher Fuß- und Fahrweg; er, der Landgeschworene, reservire hiermit der genannten Bauerschaft ihr Recht:

U.-G.-Act. [6]

und diese Angabe in der Vernehmlassung auf die Klage dahin modificirt resp. vervollständigt worden ist: daß der quaest. Weg nur insoweit er ein Fußweg sei, ein öffentlicher Weg sei. Als solcher sei er seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzt:

U.-G.-Act. Prot. pag. 1,

daß nun zwar der Ausdruck „öffentlicher Weg“ ein mehrdeutiger ist und — in Berücksichtigung der öffentlichen Qualität des Subjects der Berechtigung — wohl auch von einer der beklagten Bauerschaft zustehenden privatrechtlichen Wegeservitut,

Digitized by Google

zu deren Ausübung die einzelnen Mitglieder dieser Bauerschaft als solche berechtigt wären, verstanden werden könnte,

die hinzugefügte Erläuterung, daß der fragliche Weg als öffentlicher Fußweg seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzt sei, aber beweist, daß nicht eine Wegeservitut der ebengedachten Art hat behauptet, sondern für den Weg die Qualität eines öffentlichen Weges im engeren und technischen Sinne hat in Anspruch genommen, der Weg als ein solcher hat charakterisirt werden sollen, der zum Gebrauche Aller, ohne Rücksicht auf Gemeindeangehörigkeit, bestimmt sei;

Wege dieser letzteren Art aber, auch wenn der Grund und Boden derselben im Privateigenthum sich befindet, nicht unter den von Servituten geltenden Grundsätzen stehen:

cf. L. 2. §. 23. Dig. de ne quid in loco publ. (43. 8.)

und insbesondere von Begründung der Qualität eines öffentlichen Weges in dem hier gedachten Sinne durch ordentliche oder außerordentliche Ersitzung nicht die Rede sein kann, hier vielmehr nur die unvordenkliche Verjährung Platz greift:

arg. L. 3. pr. Dig. de loco et itin. publ. (43. 7.)

auf welche denn auch in der Vernehmlassung allein Bezug genommen ist;

2) daß es dahin gestellt bleiben kann, ob die Duplik nur den Versuch, auf Wege der oben bezeichneten Art die Grundsätze der Servituten in Anwendung zu bringen, oder ob sie die positive Behauptung einer durch die Mitglieder der beklagten Bauerschaft für diese erworbenen privatrechtlichen Wegeservitut enthält, und wie solche Behauptung mit der fortwährend festgehaltenen und wiederholten Angabe, daß der Weg ein seit unvordenklicher Zeit von Jedermann benutzter öffentlicher Weg sei:

U.-G.-Act. [9] pag. 1, 2, 3, 8, 9,

zu vereinigen sein würde:

cf. L. 25. Dig. quemadmod. servit. amit. (8. 6.)

indem in der Geltendmachung einer derartigen Wegeservitut — den Ausführungen unter 1. zufolge — jedenfalls nicht eine bloße Erläuterung des exceptivischen Vorbringens,

Digitized by Google

sondern nur eine ganz neue Einrede würde gefunden werden können, die, in der Duplik zuerst vorgebracht, nicht mehr berücksichtigt werden durfte,

daher es einer Entscheidung der Frage, ob in der Behauptung einer seit unvordenklicher Zeit ausgeübten Servitut implicite auch die Berufung auf ordentliche resp. außerordentliche Ersitzung enthalten sei, hier gar nicht bedarf;

3) daß das Restitutionsgesuch, mittelst dessen Beklagte der Einrede: „daß sie die Gerechtigkeit eines öffentlichen Fußweges an dem fraglichen Wege durch Uebung einer solchen Gerechtigkeit nec vi nec clam nec precario und animo servitutem exercendi während der letzten 10, 20 und 30 Jahre vor Austellung der Klage erworben habe", jetzt noch in der Art Eingang zu verschaffen bezweckt, daß ihr der Beweis derselben in alternativer Verbindung mit dem vom Untergerichte über unvordenklichen Besitz ihr auferlegten Beweise nachgelassen werde, nicht als das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein, zur Zeit noch gar nicht vorliegendes, rechtskräftiges Erkenntniß sich darstellt, sondern nur die Restitution gegen eine processualische Versäumniß bezweckt und daher an sich vor das Untergericht, bei welchem die Versäumniß vorgekommen, gehört;

daß nun freilich, bei anher verfolgter Appellation, jenes Gesuch den Charakter eines dahier anzubringenden Incidentpunktes annahm;

eine Zurückverweisung dieses Incidentpunktes an die erste Instanz, nach Maaßgabe des § 47 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht aber um so mehr für angemessen erachtet werden muß, als die Beurtheilung der anher gebrachten Beschwerden durch ein Eingehen auf das Restitutionsgesuch in keiner Weise bedingt ist, dieses vielmehr, als ein nur eventuelles, erst dann in Betracht kommt, wenn die Appellation durch Prüfung und Verwerfung der aufgestellten Beschwerden materiell ihre Erledigung gefunden hat;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

Digitized by Google

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 20. Juni 1864, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Koſten gegenwärtiger Inſtanz, zu beſtätigen, und das eventuelle Reſtitutonsgeſuch an die erſte Inſtanz zurückzuverweiſen ſei.

Und wie nunmehr auch die Hauptſache zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwieſen wird, ſo ſoll wegen Inſinuation dieſes Erkenntniſſes an die Appellatin Erſuchungsſchreiben an das Obergericht erlaſſen werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 29. December 1864.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Urtheil.

In Appellations-Sachen B. Groverman & Co. in Bremen, Beklagten, jetzt Appellanten, wider Joh. Friedr. Arens daſelbſt, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung aus einem Frachtcontracte betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache ſelbſt aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 4. Januar 1864, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Koſten dieſer Inſtanz, zu beſtätigen ſei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 26. Januar 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts mußte aus folgenden Gründen bestätigt werden:

I. Die erste der speciellen Beschwerden, in welchen die Beklagten ihr allgemeines, gegen die Bestätigung des Handels-
pag. 2. gerichts-Erkenntnisses gerichtetes Gravamen zerlegt haben, und welche dahin geht, daß die noch in Frage stehende eventuelle Frachtforderung für begründet erachtet und nicht vielmehr ohne Weiteres abgewiesen sei, — Grav. 2. — ist völlig verwerflich.

A. Diese Frachtforderung ist darauf fundirt, daß erstlich das Schiff Leontine eine chartermäßige und complete Ladung nicht erhalten habe, und daß zweitens, wenn dies der Fall gewesen wäre, die in der Charter stipulirte Fracht die eingeklagte Summe von Ld'or. ℔ 21,992. 24 ℳ betragen haben würde.

Den ersten Theil des Klaggrundes hat das Handelsgericht, abgesehen von den Einreden, für liquide angenommen, und nur über den zweiten dem Kläger einen Beweis auferlegt, und zwar Jenes mit vollem Rechte. Nach der Charter [3] nämlich sollte das Schiff

pag. 3. a. eine complete Ladung von Cedern- und Mahagoniholz in Blöcken erhalten, und

b. soviel Mahagoniholz als zum Ballast des Schiffes erforderlich, und es war

c. garantirt, daß das zu verladende Holz kantig geschnitten sein werde.

Nun steht aber, und zwar auch durch der Beklagten Eingeständniß fest

ad a. daß das Schiff theilweise statt mit Cedern- und Mahagoniholz mit 900 Stück Häuten und einer Partie Gelbholz beladen und außerdem noch ein leerer Raum geblieben ist, in welchem 100 Last Güter hätten verstaut werden können,

Digitized by Google

ad b. daß das Schiff nur 32 Blöcke Mahagoniholz erhalten hat. Dies haben nämlich Beklagte in erster Instanz ausdrücklich eingeräumt, ohne zu behaupten, was auch bei einem so großen Schiffe von 431 Bremer Roggenlasten undenk- pag. 4.
bar, daß jene Quantität Holz zum Ballast genügt und der Schiffer also insofern unnöthigerweise die ca. 49 Last Sandballast an Bord behalten habe. Endlich steht es

ad c. auch unbestritten fest, daß das verladene Holz ohne Ausnahme nicht in kantig geschnittenen, sondern nur behauenen Blöcken bestanden hat. Die Frage, ob, wie der Kläger meint, in Folge der Garantie, daß das Schiff nur kantig geschnittenes Holz erhalten solle, der Schiffer andere Blöcke unbedingt habe zurückweisen dürfen, würde, wenn es darauf ankäme, zu verneinen sein; allein sie ist, da er es nicht gethan hat, eine müssige. Es fragt sich vielmehr nur, ob der Kläger wegen Nichterfüllung dieser Garantie berechtigt ist, auf Grund des ihm für diesen Fall in der Charter versprochenen Schadensersatzes die Fracht so zu berechnen, als ob eine chartermäßige Ladung wirklich geliefert wäre. Und dies unterliegt keinem pag. 5.
Zweifel, wie es denn auch in der That unerfindlich ist, worin der versprochene Schadensersatz anders bestehen soll. Denn wäre kantig geschnittenes Holz geliefert worden, so würde, da dieses keine Enden und schlechte Ecken hat, auch sich begreiflicherweise besser stauen läßt, als nur roh behauenes, die Maaße des verladenen Holzes nahezu mit der Verkaufsmaaße, nach der die Fracht zu berechnen ist, übereingestimmt haben, und gerade deshalb ist dem Kläger die Verladung von kantig geschnittenem garantirt worden. Er ist also befugt, so viel an Fracht zu berechnen, als er gemacht haben würde, wenn die Ladung der Garantie entsprochen hätte, und eben auf diesem Principe, welches die Beklagten auch in zweiter Instanz kaum mehr zu bestreiten wagen, beruht die vom Kläger aufgestellte Berechnung.

Hiernach ist allerdings die Klage, so viel die Punkte sub a — c. betrifft, nicht nur begründet, sondern auch liquide. pag. 6.
Zwar wird dies, was den Punkt sub a. betrifft, von den Beklagten bestritten. Sie läugnen nicht, daß der Ablader

Digitized by Google

Morris in Amapala dem Schiffer mehr Cedern- und Mahagoniholz als verladen worden, nicht habe liefern können oder wollen, wie das denn auch aus seinen eigenen Briefen in Uebereinstimmung mit denen des Capitains, sich ergiebt.

Ebendas. [25] [30].

Gleichwohl bestreiten sie, daß das Schiff keine complete Ladung erhalten habe, indem sie behaupten, daß die Ladefähigkeit des Schiffes eine weitere Beladung desselben mit Holz nicht gestattet habe, und deshalb aus dem Umstande, daß noch leerer Raum im Schiffe geblieben sei, vom Handelsgerichte mit Unrecht jene Thatsache gefolgert werde. Allein es braucht auf die völlig unzureichenden, aus dem Tiefgange des Schiffes hergenommenen Beweisgründe für diese Behauptung
pag. 7. nicht eingegangen zu werden, da keinenfalls dies dahin führen könnte, auch nur den betreffenden Theil der Frachtforderung, geschweige denn, wohin doch die jetzt fragliche Beschwerde geht, die ganze Klage ohne Weiteres abzuweisen, sondern höchstens nur noch erst auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen.

Es fragt sich daher nur noch

B. ob etwa die von den Beklagten vorgebrachten Einreden zu einer sofortigen Zurückweisung der ganzen Klage führen können. Allein auch dies ist nicht der Fall.

Dieser Einreden sind, soweit sie hier in Betracht kommen, zwei, welche beide auf einem angeblichen Verschulden des Capitains Renjes gegründet sind. Und zwar wird dieses Verschulden darin gesetzt,

1) daß derselbe in den ersten 14 Tagen seit die Verladung begonnen, nur ganz fehlerfreies Holz habe annehmen wollen,
pag. 8. wozu er nach der Charter nicht berechtigt gewesen;

2) daß er sich geweigert, der Aufforderung des Abladers Morris entsprechend, statt des in der Charter als Ballast stipulirten Mahagoniholzes, Cedernholz als Ballast einzunehmen und dagegen allen Sandballast auszuwerfen. Nun ist es aber zuvörderst sofort klar, daß diese Einreden nur die Nichterfüllung der Charter in den oben sub a. und b. angegebenen Punkten treffen, nicht den sub c., daß sie also, selbst wenn begründet

Digitized by Google

und liquide, nimmermehr zur beantragten sofortigen Verwerfung der ganzen Frachtforderung würden führen können. Allein auch soweit sie hienach überall in Betracht kommen, sind sie nicht zu beachten.

Zwar ist es unzulässig, die Beklagten auf Grund der Verordnung vom 9. Januar 1832 § 9 mit denselben zurückzuweisen, da die Berufung des Klägers hierauf erst in dieser Instanz erfolgt, mithin als eine verspätete Replik nicht beachtet werden kann, daher auf die materielle Würdigung derselben pag. 9. nicht weiter einzugehen ist.

Dagegen ist der völlige Ungrund beider dem Capitain gemachten Vorwürfe bereits vom Handelsgerichte in dessen Entscheidungsgründen so ausreichend nachgewiesen, daß es genügend erscheinen muß, darauf Bezug zu nehmen. Wären sie aber auch begründet, so würde es zur Verwerfung der jetzt fraglichen Beschwerden doch schon ausreichen, daß sie keinenfalls liquide sind, vielmehr das Thatsächliche derselben vom Kläger bestritten ist.

II. Die weitere Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß nicht event. die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen, insbesondere das Vorhandensein und der Umfang des Sandballasts und des im Schiffe verbliebenen leeren Raumes dem Kläger zum Beweise verstellt seien. (Grav 3.)

Da die Beklagten die Angaben des Klägers über beide Thatsachen in erster Instanz ausdrücklich als richtig anerkannt pag. 10. haben,

Ebendas. Prot. S. 10.

so würde die Aufstellung dieser Beschwerde nicht wohl zu begreifen sein, hätten nicht die Beklagten die Meinung derselben in voriger Instanz durch das gestellte Verlangen erläutert, es müsse dem Kläger noch der Beweis auferlegt werden:

> daß und wie weit der leere Raum und der Sandballast in Folge der Nichterfüllung der Charter von Seiten der Beklagten resp. ihres Correspondenten Morris nothwendig habe beibehalten werden müssen.

Digitized by Google

Dieſes Verlangen iſt aber ein unbegründetes. Denn was

1) den Sandballaſt betrifft, ſo haben, wie bemerkt, die Beklagten nicht nur zugeſtanden, daß nur 32 mahagoni Blöcke
pag. 11. haben geliefert werden können, ſondern auch in erſter Inſtanz nicht zu behaupten vermocht, daß mehr Sandballaſt, als nöthig, im Schiffe geblieben ſei, indem ſie vielmehr nur die nach dem Obigen nicht zu beachtende Behauptung aufſtellen, daß der Capitain als Ballaſt Cedernholz hätte annehmen müſſen.

Anlangend aber

2) den leeren Raum, ſo iſt es zwar an ſich völlig richtig, daß daraus, daß noch leerer Raum in einem Schiffe verblieben iſt, nicht unbedingt gefolgert werden kann, das Schiff habe keine complete Ladung erhalten, da dies ja nach der ſpecifiſchen Schwere der verladenen Waare von der Ladefähigkeit des Schiffes abhängt. Allein dies iſt offenbar auch nicht die Meinung des Handelsgerichts. Vielmehr ſchließt der dem Kläger auferlegte Beweis, ſo wie er gefaßt iſt, um zur Zuerkennung der ganzen aufgeſtellten Forderung zu gelangen, auch den Beweis in ſich, daß die Leontine nach Maaßgabe ihrer Lade-
pag. 12. fähigkeit vollaus mit Mahagoni- und Cedernholz hätte beladen werden können, und lag daher durchaus kein Grund vor, den Kläger auſerdem noch mit dem beantragten Beweiſe zu belaſten. Vielmehr muß es lediglich den Beklagten überlaſſen bleiben, den von ihnen behaupteten Umſtand im Gegenbeweiſe geltend zu machen.

Wenn

III. die Beklagten ſich darüber beſchweren, daß nicht die auf ein Verſchulden des klägeriſchen Capitains geſtützten Einwendungen ihnen zum Beweiſe verſtellt ſeien (Grav. 4.), ſo bedarf dieſe Beſchwerde, nach dem oben über die völlige Grundloſigkeit dieſer Einreden Bemerkten, keiner weiteren Widerlegung.

Es erübrigt daher nur noch

IV. die letzte Beſchwerde, daß der Gegenanſpruch der Beklagten auf Erſtattung der von Morris dem Capitain gezahlten Liegegelder zum beſondern Verfahren verwieſen und

Digitized by Google

nicht vielmehr für begründet und liquide erkannt oder doch pag. 13.
zum Beweiſe verſtellt ſei. (Grav. 5.)

Allein auch dieſe Beſchwerde iſt eine offenbar unbegründete, indem nach der Ausführung des Handelsgerichts, auf welche hier Bezug zu nehmen genügt, durch die Verweiſung der Einrede ad separatum ſchon zu günſtig für die Beklagten erkannt iſt. Und bedarf es daher nur noch der Bemerkung, daß die Meinung der Beklagten, es ſei das Liegegeld jedenfalls für zwei Tage zu viel bezahlt, auf einem Irrthum beruht, indem die Ueberliegetage, wie Beklagte ſelbſt zugeben, mit dem 6. Juli begonnen haben, und das Schiff laut des Journals den Reſt der Ladung in Amapala erſt am 21. Juli erhalten hat, während nur für zehn Tage Liegegelder berechnet ſind, was der Capitain ſeinen Rhedern gegenüber beſonders zu rechtfertigen für nöthig erachtet hat.

Ebendaſ. [25].

Bei erfolgender reiner Beſtätigung des angefochtenen Erkenntniſſes mußten die Beklagten auch in die Koſten dieſer Inſtanz veurtheilt werden.

Zur Beglaubigung
(gez.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Oskar Kisker in Stettin, Klägers, jetzt Appellantens, wider Gottfried Theodor Mohr zu Bremen, Beklagten, jetzt Appellaten, Forderung betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation, nachdem die vom Kläger wegen Versäumung der Einführungsfrist erbetene Restitution ertheilt worden, für berichtigt anzunehmen, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Bremen vom 7. December 1863 zwar insoweit, als die erhobene Klage wegen des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes abgewiesen worden, zu bestätigen, im Uebrigen aber wieder aufzuheben und der Beklagte die wegen der beiden Geschäfte unter Nr. 2 und 3 der Klagcitation geforderten Hauptsummen, zusammen im Betrage von Crt.-Rthlr. 1356. 20 Sgr. 6 ₰ nebst Zinsen zu 5 pCt. von Rthlr. 735 24 Sgr. 6 ₰ seit dem 24. Juli 1862, von Rthlr. 620 26 Sgr. seit dem 29. August 1862 an den Kläger zu bezahlen verbunden sei.

Die Kosten aller drei Instanzen werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. Januar 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Förmlichkeiten der vom Kläger gegen das obergerichtliche Erkenntniß vom 7. December 1863 verfolgten Appellation waren, nachdem derselbe wegen Versäumniß der Einführungsfrist durch Erkenntniß vom 4. Mai 1864 in den vorigen Stand
pag. 2. wieder eingesetzt worden ist, für berichtigt anzunehmen, und das Dasein der nach §. 61 der Handelsgerichts-Ordnung vom 16. Juni 1845 erforderlichen Appellationssumme unterliegt keinem Zweifel.

In der Sache selbst hat der Kläger seine vier Beschwerden voriger Instanz, wovon die vierte jedoch ihrer Allgemeinheit wegen außer Betracht bleibt, gegenwärtig wiederholt, die dritte mit einem auf eventuellen Nachlaß eines Beweises gerichteten Zusatz.

A. Die beiden ersten jener Beschwerden, welche die Abweisung der principalen Klage zum Gegenstand haben, waren als unbegründet zu verwerfen. Es kommt dabei Alles auf die Anwendbarkeit und Auslegung des §. 40 der Waaren-Mäkler-Ordnung vom 10. December 1828 an, worauf sich die Klageabweisung stützt.

I. Wo die Mäkler eine besondere Classe obrigkeitlich für
pag. 3. ihren Beruf angestellter und mit ausschließlicher Berechtigung versehener Personen bilden, da wird als natürliche Consequenz sich in der Regel auch die gesetzliche Bestimmung finden, daß den Mäklern das Betreiben von Handelsgeschäften auf eigene Rechnung, mindestens in dem Zweig des Handels, in welchem sie als Vermittler thätig sind, untersagt sei. Wie die bedeutendsten frühern Handelsgesetzgebungen, z. B. die französische, niederländische, preußische, ein solches Verbot enthalten, so besteht dasselbe namentlich auch in den vier freien Städten schon seit langer Zeit.

Lübeck. Mäkler-Ordn. v. 26. Juni 1822 Art. 12 und Kaufmanns-Ordn. v. 18. Juni 1853 §. 5.

Digitized by Google

Frankfurt. Waaren-Mäkler-Ordn. v. 26. Nov. 1799 §. 3.
Bremen. Mäkler-Ordn. v. 4. Febr. 1750 §. 23.
rev. Mäkler-Ordn. v. 11. Dec. 1795 §. 36.
Schiffsmäkler-Ordn. v. 2. Nov. 1818 §. 12. pag. 4.
Hamb. Mäkler-Ordn. v. 15. Dec. 1824 §. 26.

In gleicher Weise ist das Verbot in das neue deutsche Handelsgesetzbuch Art. 69 übergegangen.

Dagegen muß die Bestimmung der bremischen Mäkler-Ordnung von 1828, daß ein wider das Verbot eingegangenes Handelsgeschäft null und nichtig sein und für keinen Contrahenten irgend ein Recht begründen soll, als eine höchst singuläre, zu schweren Vermögensverletzungen führende bezeichnet werden.

Den Satz des gemeinen Rechts, daß verbotene Rechtsgeschäfte auch ohne specielle Androhung für nichtig zu halten seien, kann man da nicht anwenden, wo Verträge nicht aus objectiven Gründen, sondern lediglich aus Rücksicht auf Stand oder Amt eines Contrahenten untersagt sind, wo das Verbot nur pag. 5.
einen disciplinarischen oder gewerbepolizeilichen Character hat; indem in solchem Falle der betreffende Contrahent nur seine, von den privatrechtlichen Bedingungen des Geschäftes ganz trennbaren öffentlichen Pflichten verletzt, wovon der Natur der Sache nach nur eine Bestrafung die Folge sein kann. Dieser Grundsatz, welcher ohne Zweifel in den Fällen, wo schon das Civilrecht den Handelsbetrieb lediglich aus Rücksicht auf die Würde eines Standes oder Amtes untersagt hat, Anwendung finden muß,

vgl. v. Wening Civilr. Bd. III. §. 144.

ist vom Ober-Appellationsgericht in Bezug auf subjective Beschränkungen aus gewerbepolizeilichen Rücksichten schon bisher anerkannt worden, und er hat in vollem Umfange auch in Art. 276 des deutschen Handelsgesetzbuches seinen Ausdruck gefunden.

Was speciell die Ausschließung der Mäkler vom Handels- pag. 6.
betriebe betrifft, so dürfte es schwerlich eine zweite Handelsgesetzgebung geben, welche gleich dem bremischen Gesetz von 1828 die Nichtigkeit des einzelnen Handelsgeschäftes angeordnet hätte. Nur Bestrafung des betreffenden Mäklers wird gedroht im Code de commerce art. 87. f., im Preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 8.

Digitized by Google

§. 1328, sowie in den angeführten Lübeckischen und Hamburgischen Verordnungen. Und wie man in Hamburg laut der vom Kläger angeführten Entscheidung des dortigen Handelsgerichtes kein Bedenken getragen hat, das einzelne Geschäft für beiderseits verbindlich zu erklären, so scheint dies auch in Frankreich sowohl wie in Preußen ausgemacht zu sein, und wird von der Doctrin in Ermangelung besonderer Gesetzesvorschriften angenommen.

vgl. Sirey, les codes annotés, ad art. 85. cod. comm. Not. 5.
Beseler, deutsch. Privatr. III. §. 218. Nr. IV.
pag. 7. Brinkmann, Handelsr. §. 121 Note 14 u. 21.

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat in Uebereinstimmung mit dem oben angeführten Art. 276 die Gültigkeit der Geschäfte in Art. 69 sub 1. ausdrücklich vorbehalten, und mit der Einführung desselben in Bremen (vgl. Einführungsgesetz vom 11. Mai 1864 §. 12) ist dieser Vorbehalt für die Zukunft auch dort in Wirksamkeit getreten.

II. Die ganz singuläre Natur der fraglichen Bestimmung darf den Richter jedoch von ihrer Anwendung auf den einzelnen Fall nicht abhalten, und die Gründe, womit der Kläger die Entscheidung der vorigen Instanzen bekämpft hat, stellen sich sämmtlich als unhaltbar dar.

1) Der Kläger beruft sich zunächst darauf: bei Beurtheilung eines durch Vertrag entstandenen obligatorischen Verhältnisses kämen lediglich die Gesetze des verabredeten Erfüllungsortes zur Anwendung, und dieser sei hier unbestritten
pag. 8. ein in Preußen gelegener Ort, so daß das vorliegende Vertragsverhältniß überhaupt nach der preußischen und nicht nach der Bremischen Gesetzgebung zu beurtheilen sei. Man wird nun allerdings anzuerkennen haben, daß Stettin nicht bloß für die vom Kläger im Auftrag des Beklagten abgeschlossenen Geschäfte, welche hier nicht in Frage stehen, sondern auch für das aus dem Mandat entsprungene Contractsverhältniß unter den Parteien selbst als vereinbarter Erfüllungsort anzusehen war. Allein der §. 40 der Mäklerordnung hat, indem er den Mäklern

Digitized by Google

owohl den Handelsbetrieb im Allgemeinen, als auch alle einzelnen auf eigene Rechnung von ihnen einzugehenden Handelsgeschäfte bei Strafe verbietet, und überdies jedes derartige Geschäft für null und nichtig erklärt und beiden Contrahenten alle darauf zu gründenden Rechte abspricht, unverkennbar den Character eines absoluten Prohibitivgesetzes. Und daß die Gerichte desjenigen Staates, in welchem ein solches Prohibitivgesetz be- pag. 9.
steht, an dasselbe unbedingt bei jedem ihnen zur Entscheidung vorliegenden Falle, welchem örtlichen Rechte er auch sonst zu unterstellen sein möge, gebunden sind, darüber herrscht in der Doctrin von der sogenannten Statutencollision kaum eine Verschiedenheit der Meinungen; und auch das Ober-Appell.-Gericht hat an diesem Grundsatze stets festgehalten. Die Bremischen Gerichte können sich daher der Anwendung des §. 40 cit. in allen den Fällen, in welchen ein Geschäft von dem darin enthaltenen Verbot betroffen wird, nicht entziehen.

2) Der Kläger wendet ferner ein, der §. 40 habe die Natur eines Strafgesetzes; ein solches finde aber der Regel nach nur Anwendung auf die in dem Staatsgebiet, in welchem das Gesetz publicirt worden, begangenen Handlungen, während ein Ausnahmefall, wo ein Strafgesetz auch für auswärts begangene Handlungen gegeben wurde, hier nicht vorliege.

Ginge die Vorschrift am Schluß des §. 40 bloß dahin, pag. 10.
daß der Mäkler aus einem verbotswidrig von ihm abgeschlossenen Handlungsgeschäft keine Rechte herleiten dürfe, dann würde dem hier erhobenen Einwande überhaupt keine selbstständige Bedeutung beizulegen sein. Denn welcher Theorie man hinsichtlich der Frage, wie weit die Unterthanen eines Staates den daselbst erlassenen Strafgesetzen auch rücksichtlich ihrer auswärts vorgenommenen Handlungen unterworfen seien, im Allgemeinen folgen möge, so würde doch Alles darauf ankommen, in welchem Umfange der Gesetzgeber die Vorschrift des §. 40 zur Geltung zu bringen beabsichtigt habe, da die Befugniß der Gesetzgebung, auch solche auswärtige Handlungen der Unterthanen, welche principmäßig nicht nach dem einheimischen Recht zu beurtheilen sein würden, einem einzelnen Strafverbot

Digitized by Google

zu unterwerfen, keinem Zweifel unterliegen kann. Das Argument des Klägers würde daher mit dem sub 3 folgenden Einwand zusammen fallen.

pag. 11. Anders steht es jedoch, da die Nichtigkeit des Geschäftes zugleich jeden Mitcontrahenten eines Bremischen Mäklers treffen soll. Wäre hierin eine strafgesetzliche Bestimmung zu erkennen, so würde sie allerdings nur gegen diejenigen angewendet werden können, welche entweder vermöge der Publication des Gesetzes seiner Herrschaft unterworfen sind, oder sonst Kenntniß des Strafverbotes erlangt haben. Und von dem Kläger, einem Ausländer, welcher die in Frage stehende Handlung nicht im Bremischen Staatsgebiet vorgenommen hat, steht es nicht nur nicht fest, daß er den §. 40 der Mäkler-Ordnung gekannt habe, sondern es fehlt selbst an einer dahin gehenden Behauptung in den Acten. Allein der Character eines Strafgesetzes kann der Schlußbestimmung des §. 40 nicht beigelegt werden. Zwar war die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar die, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die
pag. 12. angeordnete gänzliche Nichtigkeit der dem Verbot zuwiderlaufenden Geschäfte größeren Nachdruck zu geben. Daß aber das Verbot selbst nicht bloß gegen die Mäkler, sondern zugleich gegen die mit ihnen contrahirenden Personen hätte gerichtet sein, auch die Handlungsweise der letzteren als eine straffällige aufgefaßt werden sollen, dafür fehlt es eben so sehr an einem inneren Grunde, als an jedem Anhalt in der Fassung des Gesetzes, welches überall nur von einem den Mäklern ertheilten Verbote redet und ihnen allein im zweiten Absatz des Paragraphen eine Strafe droht. Man hielt diese Strafdrohung nicht für ausreichend und wollte den Zweck, die Mäkler vom Handelsbetriebe fern zu halten, daneben durch ein zweites Mittel sicher stellen, durch die dem Privatrecht angehörige Vernichtung aller einzelnen verbotswidrigen Verträge.

Weiter hat der Kläger

3) geltend gemacht, das ganze Verbot des §. 40 cit. be-
pag. 13. ziehe sich nach dem wahren Sinn und Zweck der Vorschrift lediglich auf solche Handelsgeschäfte, welche von den Mäklern

im Bremiſchen Staatsgebiet gemacht würden, und namentlich nicht auf die nach einem auswärtigen Ort hin ertheilten Commiſſionen.

Dieſer Anſicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Die Berufsthätigkeit der Mäkler und das damit verknüpfte ausſchließliche Recht derſelben beſchränkt ſich allerdings auf die Vermittlung der in Bremen abzuſchließenden Geſchäfte (§. 16 der M.-O.) Allein wenn das Verbot des eigenen Handelsbetriebes eine Garantie für die Unparteilichkeit der Mäkler geben ſollte, wie dies allſeitig und auch vom Kläger als Grund des Verbotes anerkannt wird, ſo iſt es von ſelbſt klar, daß bei dieſem Verbote die Grenzen des Staatsgebietes keinen Unterſchied machen konnten, der auswärtige Handelsbetrieb vielmehr ganz ebenſo, wie der in Bremen ſelbſt als Störung oder Gefährdung der pag. 14.
Unparteilichkeit angeſehen werden mußte. Ob ein Mäkler im Bremiſchen Staatsgebiet oder in einem nahe gelegenen hannoverſchen Orte Handelsgeſchäfte treibt, das bleibt ſich in der Rückwirkung auf die Mäklerthätigkeit weſentlich gleich; und auch eine größere Entfernung des Ortes kann nach der Natur des Handels an ſich darin nichts ändern, indem es ganz von den Umſtänden abhängt, in welchem Grade die an einem entlegenen Orte von einem Mäkler gemachten Geſchäfte auf die Ausübung ſeines Berufes in Bremen von Einfluß ſein werden. Wollte das Geſetz eine wirkſame Garantie der Unparteilichkeit geben, ſo mußte es nothwendig den Mäklern jeden Handelsbetrieb allgemein und ohne alle örtliche Beſchränkung verbieten. Dem entſpricht auch die Faſſung des Geſetzes völlig. Der das Verbot enthaltende erſte Abſatz des §. 40 bezeichnet als Gegenſtand des Verbotes das Treiben von Handelsgeſchäften überhaupt und das Eingehen einzelner Geſchäfte auf eigene Rech- pag. 15.
nung in der allgemeinſten Weiſe, und iſt durch Aufzählung einer Reihe von Beiſpielen und Zufügung der Schlußclauſel, „überhaupt Alles, was irgend zu den Handelsgeſchäften gerechnet wird,“ beſtrebt, jede Mißdeutung über den ausgedehnten Umfang des Verbotes zu verhüten; wogegen von einer örtlichen Begrenzung deſſelben ſich nicht die mindeſte Andeutung findet.

Digitized by Google

Die Fassung des ersten Absatzes muß aber um so mehr als eine wohlüberlegte vorausgesetzt werden, da sie sich als eine revidirte und verbesserte Redaction der bereits dasselbe Verbot enthaltenden Stellen der früheren Mäkler-Ordnungen von 1750 und 1795 darstellt, wobei die in der Zwischenzeit gemachten Erfahrungen nicht unbenutzt bleiben konnten.

Der Kläger meint zwar: da im ersten Absatz des §. 40 die Uebernahme von Commissionen zu Handelsgeschäften von
pag. 16. auswärts her, nicht aber die Ertheilung von Aufträgen nach auswärts hin, ausdrücklich als unter dem Verbot begriffen genannt sei, so lasse sich daraus schließen, daß das Gesetz Aufträge zu auswärtigen Geschäften den Mäklern nicht habe verbieten wollen. Allein mit Unrecht. Das Verbot, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung zu treiben, umfaßte nicht nothwendig den Fall mit, wenn ein Mäkler als Commissionär die Besorgung von Handelsgeschäften für Andere übernimmt. Der §. 43 der Verordnung ergiebt dann auch, daß die Uebernahme kaufmännischer Commissionen den Mäklern nicht unbedingt untersagt werden sollte, sondern nur insofern, als der Auftrag entweder von Comptoir-Bedienten ohne Vorwissen ihrer Principale oder von Fremden ausginge, welche in Bremen nicht handeln dürfen. Hätte man sich nun in §. 40 darauf beschränkt, das Eingehen einzelner Geschäfte für eigene Rechnung zu verbieten, so konnte leicht gefolgert werden, daß die Uebernahme
pag. 17. von Commissionen allgemein erlaubt sei. Um dieser Folgerung zu begegnen und jeden Zweifel an der Uebereinstimmung mit §. 43 zu beseitigen, hielt man es offenbar für zweckmäßig, den Hauptfall einer verbotenen Uebernahme von Commissionen, nämlich der von Fremden ausgehenden Aufträge, schon im §. 40 ausdrücklich hervorzuheben. Daß nur dies, die Ausschließung eines durch Mäkler vermittelten Handelsbetriebes Fremder, den Anlaß zu der fraglichen Stelle in §. 40 gegeben hat, wird namentlich durch den im Einklang mit §. 43 aufgenommenen Zusatz „und ohne Dazwischenkunft eines hier seßhaften Einwohners“ außer Zweifel gesetzt. Dagegen war es von selbst klar, daß die Ertheilung von Commissionen zum Kaufen

Digitized by Google

oder Verkaufen von Waaren, weil sie nichts anders ist, als ein für Rechnung des Committenten gehendes Handelsgeschäft, unter das allgemeine Verbot des Handelsbetriebes für eigene Rechnung fiel, und es einer besonderen Erwähnung, daß den Mäk- pag. 18.
lern auch die Ertheilung auswärtiger Commissionen untersagt sei, nicht erst bedurfte. Ueberdies bestätigt aber auch die unmittelbar darauf hinzugefügte Clausel, wonach den Mäklern verboten wird, „mit Auswärtigen Handelsgeschäfts-Correspondenz zu führen", daß die Schlußfolgerung des Klägers eine unbegründete ist, und das Gesetz das Betreiben von Handelsgeschäften auswärts so gut wie in Bremen untersagen wollte.

Eben so unhaltbar ist das Argument des Klägers, daß nach der ratio legis nicht angenommen werden könne, es habe einem Mäkler, welcher seinen Beruf nur für einen bestimmten Handelsartikel ausübe — wie denn der Beklagte nur Tabacks-Mäkler sei — das Betreiben auswärtiger Geschäfte auch in allen andern Handelszweigen verboten werden sollen. Wäre dies Argument richtig, so müßte der gleiche Unterschied auch pag. 19.
für die in Bremen zu machenden Handelsgeschäfte gelten. Allein die Mäkler-Ordnung kennt nach §. 16 keine auf bestimmte Handels-Artikel beschränkte Anstellung von Waaren-Mäklern und hat auf den Umstand, daß ein Mäkler factisch seinen Beruf ausschließlich oder vorzugsweise für einen einzelnen Waaren-Artikel ausübt, nirgends Rücksicht genommen. Das Verbot des §. 40 trifft daher alle Waaren-Mäkler, mögen sie für einen oder mehrere Handels-Artikel thätig sein, in gleicher Allgemeinheit.

4) Endlich hat der Kläger noch eingewendet, der §. 40 der Mäkler-Ordnung sei längst veraltet und außer Gebrauch gekommen, es würden von allen, auch den tüchtigsten Bremischen Mäklern schon lange Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben.

Mag nun auch selbst ein Prohibitivgesetz durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt werden können, so fehlt es pag. 20.
der Behauptung des Klägers doch an der nöthigen Substanziirung. Die Berufung einer Partei auf ein vom gemeinen Recht oder von publicirten Rechtsquellen abweichendes Gewohn-

Digitized by Google

heitsrecht ist der Richter, wegen des sonst augenscheinlich davon zu befürchtenden Mißbrauches in der Prozeßführung, nur dann zu berücksichtigen verbunden, wenn geeignete thatsächliche Angaben gemacht werden, woraus sich die Entstehung und Ausbildung des Gewohnheitsrechts erkennen läßt; wie dies vom Ober-Appell.-Gericht schon wiederholt, namentlich auch in Bremischen Sachen,

z. B. Hildebrandt c. Lohgerber-Amt. Sept. 1853
Leupold c. Köncke u. Conf. Sept. 1860.
Stahl c. Wöltge Benefic.-Erben. October 1862.

pag. 21. ausgesprochen worden ist. Der Kläger hat aber nur ganz allgemein die Behauptung aufgestellt, es würden schon lange von allen Bremischen Mäklern Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betrieben, und diese Geschäfte seien stets „mit dem Gefühl, daß sie gültig seien", von beiden Seiten ausgeführt worden. Er hat weder etwas Näheres über die Zeit angegeben, seit welcher dieser Gebrauch bestehen soll, noch einzelne Fälle desselben namhaft gemacht; auch läßt sich nicht einmal mit Bestimmtheit entnehmen, ob der fortgesetzten Vollziehung der Geschäfte mehr als das Gefühl einer moralischen Verbindlichkeit zu Grunde gelegen habe; noch weniger ist eine Erklärung gegeben worden, wie das Bewußtsein einer wirklichen Rechtspflicht dem speciellen gesetzlichen und den Mäklern durch ihren Diensteid eingeschärften Verbot gegenüber entstanden sein soll. Zu dem allen
pag. 22. kommt noch hinzu, daß das Handelsgericht in seinem Erkenntniß vom 1. Juni 1863 bezeugt hat, die Richtigkeit der von Mäklern eingegangenen Handelsgeschäfte sei in drei daselbst angeführten Entscheidungen desselben von 1851, 1857 und 1862 anerkannt worden; und ob diese Fälle gerade auswärtige Handelsgeschäfte betrafen, darauf kann schon darum kein Gewicht gelegt werden, weil ein speciell auf die Gültigkeit auswärtiger Geschäfte beschränktes Gewohnheitsrecht gar nicht behauptet ist.

III. Der Kläger hat sich replicando auch noch darauf berufen, daß der Beklagte aus dem §. 40 der Mäkler-Ordnung keine Einwendung hergenommen, vielmehr die Forderung des Klägers anerkannt habe. Wenngleich nun ein Verzicht des

Digitized by Google

Beklagten auf die Folgen des §. 40 cit. weder ausdrücklich erklärt worden ist, noch in der bloßen Anerkennung der klägerischen Forderung gefunden werden kann, so ist doch soviel richtig, daß der Beklagte die Beurtheilung der principalen Klage dem Richter anheimgestellt und eine Einrede aus §. 40 nicht vorgeschützt hat; und dies würde für die Aufrechthaltung der Klage entscheidend sein, wenn die Vorschrift des §. 40 lediglich auf einem privatrechtlichen Grunde beruhte, in der unterlassenen Vorschützung einer Einrede daher die nachträgliche wirksame Uebernahme der streitigen Verpflichtung zu finden wäre. Allein aus einem privatrechtlichen Grunde läßt sich die Schlußbestimmung des §. 40 in keiner Weise erklären. Die Absicht des Gesetzgebers konnte vielmehr, wie schon oben erwähnt, nur die sein, dem Verbote des Handelsbetriebes der Mäkler durch die angeordnete Nichtigkeit größeren Nachdruck zu verleihen, seine wirkliche Befolgung noch sicherer, als durch eine bloße Strafdrohung zu erreichen. Ist nun das Verbot selbst, insofern es bezweckt, die Stellung und Berufsthätigkeit der Mäkler in voller Unparteilichkeit zu erhalten, unbezweifelt als ein im öffentlichen Interesse erlassenes anzusehen, so muß dasselbe nothwendig auch von der, lediglich zur Unterstützung des Verbotes getroffenen Schlußbestimmung des §. 40 gelten. pag. 23. pag. 24.

Sobald aber ein Rechtsgeschäft aus Gründen des öffentlichen Wohles gesetzlich für ungültig und zur Begründung eines Anspruches unfähig erklärt worden ist, kann die auf den processualischen Regeln beruhende Scheidung der von der einen und anderen Partei aufzustellenden Behauptungen und die damit zusammenhängende Bedeutung versäumter oder ausdrücklich aufgegebener Vertheidigungsmomente, nicht in Betracht kommen. Vielmehr muß der Richter, sobald die vom Gesetz vorausgesetzte Thatsache in irgend einer Weise zu actenmäßiger Gewißheit erhoben ist, für verpflichtet gehalten werden, die gesetzliche Folge auch von Amtswegen auszusprechen; ein Grundsatz, welchen das Ober-Appell.-Gericht unter anderen in einer Frankfurter Sache, pag. 25.

vergl Samml. der Entsch. des O.-A.-Ger. in Frankf Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen Bd. 1. S. 110. f. 121.

Digitized by Google

wo die Einreden der lex commissoria beim Pfandvertrag und des Zinswuchers in Frage ſtanden, in gleicher Weiſe zur Anwendung gebracht hat.

Die im vorliegenden Falle entſcheidende Thatſache, die Eigenſchaft des Beklagten als Waarenmäkler, iſt aber nicht nur unter den Parteien unbeſtritten, ſondern auch nach dem Zeugniß des Handelsgerichts als notoriſch anzuſehen.

B. Die dritte Beſchwerde voriger Inſtanz (grav. 1, 2 und 5 jetziger Inſtanz) iſt gegen die Verwerfung der eventuell angeſtellten actio doli gerichtet, und dieſe Be-
pag. 26. ſchwerde mußte wenigſtens theilweiſe für begründet erachtet werden.

1) Daß eine actio doli, darauf geſtützt, daß der Beklagte argliſtiger Weiſe den Kläger zur Eingehung eines nichtigen Geſchäftes veranlaßt und ihn dadurch in Schaden gebracht habe, ungeachtet der Schlußbeſtimmung des §. 40 der Mäkler-Ordnung zuläſſig ſei, konnte keinem Zweifel unterliegen. Denn der §. 40 erklärt nur das verbotswidrig von einem Mäkler abgeſchloſſene Handelsgeſchäft für null und nichtig und ſpricht beiden Contrahenten jedes darauf zu gründende Recht, alſo jede aus dem Contract herzuleitende Klage ab. Die actio doli aber hat ihren Rechtsgrund gar nicht in dem abgeſchloſſenen Contract, ſondern in der den Abſchluß begleitenden Thatſache argliſtiger Verleitung zum Contrahiren und dem allgemeinen Grundſatz des Civilrechts, daß ein zum Nachtheil eines Andern
pag. 27. verübter Betrug zur Entſchädigung verpflichte, und ſetzt, ihrer ſubſidiären Natur wegen, in einem Falle der vorliegenden Art eben die völlige Nichtigkeit des abgeſchloſſenen Contractes voraus.

Es kann daher

2) nur darauf ankommen, ob die Klage genügend ſubſtantiirt ſei.

In der Klage ſelbſt iſt angeführt, der Beklagte habe den Auftrag zu den hier fraglichen drei Geſchäften unter Verſchweigung ſeiner Stellung als Mäkler ertheilt, welche Stellung dem Kläger unbekannt geweſen ſei. In der Replik

Digitized by Google

heißt es: die actio doli sei begründet, wenn der eine Contrahent, nicht aber der andere, die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes gewußt habe oder hätte wissen müssen, und so liege der Fall hier. In zweiter Instanz hebt der Kläger weiter hervor, sollte eine Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte nach §. 40 der Mäkler-Ordnung vorliegen, so unterliege es keinem Zweifel, pag 28. daß dem Beklagten diese gesetzliche Vorschrift bekannt gewesen sei. In jetziger Instanz endlich wird bei Wiederholung dieser Sätze darauf hingewiesen, daß Kläger den unbestrittenen Nachtheil von ca. 2000 Thlr. aus den fraglichen Geschäften erlitten habe und neben Anführung eines aus dem späteren Benehmen des Beklagten hergeleiteten Indiciums für widerrechtliches Bewußtsein, bemerkt, der Beklagte habe die Mäkler-Ordnung und den §. 40 derselben gekannt, während Kläger von der Existenz eines derartigen Verbots keine Ahnung gehabt habe.

Daß nicht schon in erster Instanz hervorgehoben worden ist, worin der Schaden des Klägers bestehe, kann nicht als ein Mangel angesehen werden, da sich dies aus dem Inhalt der principalen Klage von selbst ergiebt. Auch die übrigen, eben zusammengestellten Behauptungen des Klägers waren unbedenklich zu berücksichtigen, da nach der Bremischen Gerichts-Ordnung pag. 29. die Klage in der Replik verbessert werden darf, die in den höheren Instanzen nachgetragenen Angaben aber sich nur als nähere Erläuterung des in der Klage und Replik Behaupteten darstellen.

Ständen nun

a) bloß direct zwischen den beiden Parteien verhandelte und abgeschlossene Geschäfte in Frage, so würde die Klage als ausreichend thatsächlich begründet zu erachten sein.

Verhielt es sich so, daß der Beklagte die Nichtigkeit der fraglichen Geschäfte im Voraus kannte, der Kläger aber nicht, so kommt daneben in Betracht, daß der Beklagte bei dem Kläger als einem entfernt wohnenden Ausländer weder die Kenntniß seiner Mäkler-Stellung, noch die Bekanntschaft mit der Bestimmung im Schlußsatz des §. 40 der Bremischen Mäkler-

Digitized by Google

pag. 30 Ordnung von 1828 voraussetzen, sondern im Gegentheil, sofern nicht besondere Umstände eine andere Meinung rechtfertigen, nur annehmen konnte, daß Beides dem Kläger unbekannt sein werde. Wenn nun der Beklagte in dem Bewußtsein, daß die eingeleiteten Geschäfte für den Kläger wenigstens in Bremen, als den wahrscheinlichsten künftigen Ort der gerichtlichen Geltendmachung kein Klagerecht erzeugen würden, dennoch die fraglichen Aufträge ertheilte, ohne von seiner Mäkler-Eigenschaft und der nach Bremischem Recht damit verknüpften Folge etwas zu sagen, so läßt dies keine andere Erklärung zu, als daß er dabei eben auf die Unkenntniß des Klägers über die Wirkungslosigkeit des ertheilten Auftrags *rechnete*, daß er in seinem Interesse die wichtigen Geschäfte trotz der für den irrenden Kläger daraus entstehenden Nachtheile abschließen *wollte*. In dem Verschweigen der ihm bewußten Nichtigkeit lag hiernach die Benutzung
pag. 31. eines mit Grund vorauszusetzenden klägerischen Irrthums, somit eine zur Entschädigung verpflichtende Arglist.

Daß der Beklagte nicht voraussehen konnte, ob die Geschäfte einen für ihn günstigen oder ungünstigen Ausgang nehmen würden, daß er deshalb nicht direct beabsichtigt haben wird, den Kläger in Schaden zu bringen, ja daß er vielleicht selbst den Willen gehabt haben mag, dem Kläger bei ungünstigem Ausgang die Differenz freiwillig zu vergüten, — wie denn die Zahlung eines Betrages im Jahre 1862 replicando zugestanden worden ist — das alles kann nicht in Betracht kommen. Denn der Beklagte wußte, daß der Ausgang ganz eben so gut ein ungünstiger wie ein günstiger werden, der Kläger also sehr leicht in die Lage kommen könne, für ihn in Vorschuß zu treten und sich dann der gerichtlichen Hülfe zur Wiedererlangung
pag. 32. des Vorschusses beraubt zu sehen. Eben darin lag die Arglist, daß der Beklagte den Kläger wissentlich in diese demselben unbekannte *Gefahr* versetzte, und es unterliegt keinem Zweifel, daß die actio doli gerade auch für solche Fälle eines dolus eventualis gegeben wird, sobald die dem Arglistigen bewußte Gefahr demnächst zum wirklichen Schaden des Betrogenen ausgeschlagen ist; wie z. B. wenn jemand durch seine Empfehlung

Digitized by Google

einen Anderen veranlaßt, einen in mißlichen Vermögens-Umständen ſtehenden Schuldner anzunehmen.

l. 8. D. h. t. (4. 3.)

Eben ſo wenig kann mit dem Handelsgerichte in dem Umſtand, daß der Kläger im jetzigen Proceß die Gültigkeit der fraglichen Geſchäfte zu vertheidigen geſucht hat, ein Gegengrund gegen die eventuelle actio doli gefunden werden. Dem Kläger konnte es in ſeiner Lage nicht verdacht werden, wenn er jede rechtliche Deduction verſuchte, welche nach ſeiner Meinung mög- pag. 33.
licher Weiſe zur Anerkennung ſeines Anſpruchs führen konnte. Daraus folgt aber in keiner Weiſe, daß der Beklagte ſich auf einen gleichen Rechtsirrthum berufen dürfte, oder, worauf es hier allein ankommt, daß er nicht im vollen Bewußtſein von der geſetzlichen Ungültigkeit der ſtreitigen Geſchäfte gehandelt haben könnte.

Zweifelhaft erſcheint nur die Frage, ob es grade auf den factiſchen Irrthum des Klägers über die Mäkler-Stellung des Beklagten ankomme, oder ob die Klage auch dann für begründet zu erachten ſei, wenn der Kläger dieſe Eigenſchaft des Beklagten gewußt haben und nur durch ſeine Unbekanntſchaft mit der Schlußbeſtimmung des §. 40 der Bremer Mäkler-Ordnung zur Eingehung des Contractes verleitet worden ſein ſollte. Die letztere Auffaſſung mußte indeſſen als die richtige anerkannt pag. 34.
werden. Wußte der Kläger, daß der Beklagte Mäkler ſei, ſo mußte er mit Rückſicht auf das in ſeinem Lande geltende Preußiſche Recht und die bedeutendſten Handelsgeſetzgebungen überhaupt ſich allerdings ſagen, daß der Beklagte wahrſcheinlich durch Ertheilung des Auftrags ein für ihn beſtehendes Verbot verletze; aber daraus folgt weder, daß der Kläger ſeinerſeits durch Annahme des Auftrags etwas Unerlaubtes gethan habe, noch daß er an die Möglichkeit hätte denken müſſen, es könne das Geſchäft in Bremen zugleich für ungültig erklärt ſein und deshalb die Pflicht gehabt hätte, ſich nach dem näheren Inhalt des Bremiſchen Rechtes zu erkundigen. Bei einer geſetzlichen Beſtimmung von ſo ganz ſingulärer Natur, wie die hier fragliche iſt, erſcheint es vielmehr als eine natürliche Folge der unter

Digitized by Google

pag. 35. Contrahenten wechselseitig zu beobachtenden bona fides, daß es dem unter der Herrschaft eines solchen Gesetzes Stehenden obliegt, seinen auswärtigen Contrahenten auf den Inhalt des Gesetzes aufmerksam zu machen, wenn dasselbe von erheblichem Einfluß auf dessen Rechte oder Pflichten ist; ein Grundsatz, für welchen sich das Ober-Appell.-Gericht schon mehrfach ausgesprochen hat. Wenn daher der Beklagte dieser Obliegenheit nicht nachkam, und darin den Umständen nach, wie oben ausgeführt, eine absichtliche Verschweigung gefunden werden muß, welche den Kläger im Irrthum über die Gültigkeit des Geschäftes erhielt, so stellt sich schon damit die actio doli als begründet dar, mogte der Beklagte seine Eigenschaft als Mäkler bei dem Kläger als bekannt voraussetzen oder nicht.

b) Neben der vorstehenden Ausführung muß aber weiter
pag. 36. der von beiden Theilen übereinstimmend angegebene Umstand in Betracht gezogen werden, daß das erste der drei den Gegenstand der Klage bildenden Geschäfte durch Backhaus, den Agenten des Klägers zu Bremen, vermittelt worden ist, und nur die beiden folgenden brieflich direct unter den Parteien zu Stande gekommen sind. Bei einem Bremischen Agenten muß ebensowohl die Kenntniß von dem Mäkler-Stand des Beklagten, welche der Kläger auch replicando in Abrede zu stellen nicht versucht hat, als die Bekanntschaft mit dem §. 40 der Mäkler-Ordnung ohne Weiteres vorausgesetzt werden. Und hierdurch wird in Betreff des unter Nr. 1 der Klagcitation aufgeführten Geschäftes — des im October 1861 und Mai 1862 vollzogenen Auftrags zum Ankauf und Verkauf von 150 Wispel Roggen mit einem incl. Courtage und Provision auf 588 Thlr. 24 Sgr. 6 Pf. berechneten Verlust — auch die eventuelle Klage unhalt-
pag. 37. bar, so daß insoweit das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen war. Denn wenn ein Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen wird und dieser von einem einflußreichen Umstande Kenntniß hat, so muß der Principal, da er nur die durch den Stellvertreter begründete Obligation erwirbt, die nachtheiligen Folgen jener Kenntniß ganz ebenso tragen, als wenn er den

Digitized by Google

Umstand selbst gekannt hätte; wie das Ober-Appell.-Gericht schon in mehreren Fällen erkannt hat.

vgl. Hamburgische Samml. der Erkenntn. des O.-A.-Gerichts Bd. 3 S. 67.

Samml. der Entscheid. des O.-A.-Ger. in Frankf. Rechtssachen, durch einen Verein von Juristen Bd. 2 S. 362.

Daß aber Backhaus das Geschäft für den Kläger nicht etwa bloß vorbereitet, sondern als Mandatar wirklich abgeschlossen hat, muß nach der Art, wie der Kläger sich über pag. 38.
die ausdrücklich dahin gehende Behauptung des Beklagten sowohl replicando, als in seiner Appellationsschrift zweiter Instanz p. 3. erklärt hat, als zugestanden erachtet werden.

c. Dagegen lag in dem eben besprochenen Sachverhalt kein Grund, um auch in Betreff der beiden andern Geschäfte — zweier im Mai und Juli 1862 vollzogenen Aufträge zum Verkauf und Ankauf von je 100 Wispel Roggen, mit einem incl. Courtage und Provision auf zusammen 1356 Thlr. 20 Sgr. 6 Pf. berechneten Verlust — die actio doli für beseitigt zu erachten. Denn wie selbstverständlich der Rechtssatz, daß die Wissenschaft des Mandatars, welcher einen Vertrag abgeschlossen hat, in ihren nachtheiligen Folgen den Mandanten trifft, nicht dahin verstanden werden kann, als sei der Mandant als ein wirklich Wissender anzusehen, so läßt sich eben so wenig eine Vermuthung darüber aufstellen, daß der Agent Backhaus bei Gelegenheit des von ihm vermittelten ersten Geschäftes den Klä- pag. 39.
ger von der Mäkler-Eigenschaft des Beklagten und von dem Inhalt des §. 40 der Mäkler-Ordnung in Kenntniß gesetzt haben werde. Und daß eine derartige Mittheilung durch Backhaus wirklich erfolgt sei, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden. Endlich würde unter diesen Umständen auch die Annahme eine ungerechtfertigte sein, daß der Beklagte nach der durch Backhaus eingeleiteten Geschäftsverbindung nicht mehr auf eine Unkenntniß des Klägers in der fraglichen Beziehung habe rechnen können, und deshalb sein Schweigen über die Nichtigkeit des Geschäfts als ein auf Arglist beruhendes nicht vorauszusetzen sei.

3) Für die hiernach begründete Klage wegen der beiden unter Nr. 2 und 3 der Klagecitation bezeichneten Geschäfte be-

durfte es auch nicht erst noch eines Beweisverfahrens. Der Beklagte hat in der Vernehmlassung auf die Klage eingeräumt,
pag. 40. daß er es unterlassen habe, von seiner Mäkler-Eigenschaft den Kläger zu benachrichtigen, indem er nur bestreitet, daß diese Unterlassung eine schuldvolle gewesen sei. Schon hieraus darf man folgern, daß der Beklagte dem Kläger noch weit weniger eine Mittheilung über den Schlußsatz des §. 40 der Mäkler-Ordnung gemacht habe, da eine solche Mittheilung nur durch jene andere hätte veranlaßt werden können; und jedenfalls ist aus den beiderseitigen Verhandlungen das unzweifelhafte Einverständniß der Parteien zu entnehmen, daß eine Mittheilung dieser Art nicht erfolgt sei, so daß es dahin gestellt bleiben kann, wer, wenn ein Streit über die Thatsache vorläge, von der Beweiskraft betroffen werden würde. Dem Beklagten mußte nun aber die Mäkler-Ordnung, auf deren genaue Befolgung er (nach §. 26 derselben) bei seiner Anstellung beeidigt worden ist, und somit auch der Inhalt des §. 40 derselben vollständig bekannt
pag. 41. sein, und bei dem klaren Wortlaut der Vorschrift am Schluß dieses Paragraphen kann der Behauptung des Beklagten, er habe selbst nicht einmal gewußt, daß die von ihm abgeschlossenen Geschäfte nichtig seien, keine Berücksichtigung geschenkt werden. War es ihm somit wohl bewußt, daß er den Kläger zu einem ungültigen Geschäft veranlasse, so ist nach dem Obigen auch die Absichtlichkeit der Verschweigung dieses Umstandes als constatirt zu erachten, und damit stellt sich der Klaggrund als liquid dar.

Nun hat der Beklagte freilich behauptet, seine Eigenschaft als Mäkler sei dem Kläger bekannt gewesen und hat dafür mehrere Indicien hervorgehoben. Allein die etwaige Kenntniß des Klägers von der Mäkler-Stellung des Beklagten ist, wie oben ausgeführt wurde, für sich allein nicht geeignet, die Klage zu zerstören. Und die Behauptung, daß der Kläger zugleich Kenntniß von der in §. 40 der Mäkler-Ordnung angeordneten Nichtigkeit der mit einem Bremischen Mäkler eingegangenen Handelsgeschäfte gehabt habe, ist vom Beklagten nirgends aufge-
pag. 42. stellt worden. Es lag somit auch für einen Einrede-Beweis kein Stoff vor.

Digitized by Google

4) Die Verurtheilung des Beklagten war nicht bloß auf die in Folge seiner Aufträge vom Kläger baar ausgelegten Summen, sondern auch auf den Betrag der für die beiden fraglichen Geschäfte berechneten Courtage und Provision zu richten Denn dem Kläger gebührt voller Ersatz des Schadens, welcher ihm durch die Verleitung zu einem rechtlich wirkungslosen Contracte zugezogen worden ist, also Vergütung alles dessen, was er in Anlaß des richtigen Contractes vergeblich aufgewendet hat oder entbehren mußte. Als Aufwendung dieser Art muß aber namentlich auch die Bemühung betrachtet werden, welche zur Vollziehung der Aufträge des Beklagten erforderlich war; und da der Beklagte die klägerische Rechnung über das Ergebniß der Commissionsgeschäfte ausdrücklich als richtig zugegeben hat, so muß angenommen werden, daß er die angesetzten Provisions- pag. 43.
Beträge als eine angemessene Schätzung der betreffenden Bemühungen des Klägers anerkannt habe. Aus gleichem Grunde mußten dem Kläger auch die berechneten Zinsen seines Guthabens, als Vergütung für die entbehrte Benutzung der von ihm aufgewendeten Geldbeträge, zugesprochen werden.

Bei der theilweisen Abweisung des Klägers und theilweisen Verurtheilung des Beklagten waren die Kosten erster Instanz zu compensiren, ebenso die Kosten der beiden höheren Instanzen wegen der Abänderung der vorigen Erkenntnisse.

Zur Beglaubigung
(gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil*).

In Appellations-Sachen Wilhelm Klein zu Berlin, Klägers, jetzt Appellanten, wider Gottfried Theodor Mohr zu Bremen, Beklagten, jetzt Appellaten, Commissionsgeschäfte betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 21. September 1863, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck den 30. Januar 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekr.

*) In dieser Sache kam die actio doli nicht in Frage und wurde deshalb das Obergerichtserkenntniß unter wörtlicher Wiederholung der vorstehend abgedruckten Entscheidungsgründe in S. Oscar Kisker c. Gottfried Theodor Mohr von „I." an bis „B. die dritte Beschwerde" einfach bestätigt.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Asmus Detlef Johann Becker Wittwe, geb. Schroeder, zu Bremerhaven, Beklagte, jetzt Appellantin, wider Claus Mönnich daselbst, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung aus einem Kaufcontracte betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 9. Februar 1863, wie hiemit geschieht, aufzuheben und Kläger mit der wegen eines Kaufgeldrestes von 1000 Thlr. Gold nebst Zinsen erhobenen Klage zur Zeit abzuweisen sei.

Die Hälfte der Kosten erster Instanz hat Kläger der Beklagten zu erstatten, während im Uebrigen die Proceßkosten gegen einander verglichen werden; und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 31. Januar 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (gez.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,

Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Durch die Nachweisungen der Beklagten in [15] act. des Obergerichts, aus denen hervorgeht, daß in dem Kaufcontracte vom 9. September 1861 [1] ibid. Geestemünde irrthümlich als der Wohnort ihres verstorbenen Ehemannes angegeben
pag. 2. worden, daß die Beklagte mit ihren Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzt und eine Bevormundung ihrer Kinder nicht eingetreten ist, kann, da Kläger die Sachlegitimation der Beklagten nicht beanstandet, die betreffende Auflage des vorigen Erkenntnisses als erledigt angenommen werden, und kann es dahingestellt bleiben, ob bei dem vorliegenden Zugeständnisse des Klägers eine solche Auflage von richterlichen Amtswegen statthaft war. Damit fällt zugleich die VIII. Beschwerde der Beklagten in jetziger Instanz hinweg.

II. Mit der I. II. und III. Beschwerde verlangt die Beklagte, daß die auf Zahlung eines Kaufgeldrestes von 1000 Thlr. Gold nebst Zinsen zu 5 pCt. seit dem 9. October 1861 erhobene Klage in Gemäßheit der von ihr vorgeschützten Einrede abgewiesen, eventuell angebrachtermaaßen abgewiesen werde und faßt in der II. Beschwerde diese Einrede dahin zusammen:
pag. 3. Kläger habe die Lassung des verkauften Erbes nicht bewirkt und sei zu deren Bewirkung nicht bereit und nicht im Stande, weil, nachdem er bereits einen Theil des Kaufpreises baar ausgezahlt erhalten habe, während der Abkündigungsfrist Angaben erfolgt seien, welche den Betrag des noch rückständigen Kaufgeldes übersteigen und die Lassung hindern. Die vorigen Richter haben die Beklagte, unter Verweisung ihrer Einrede zur besonderen Ausführung, in die Zahlung des Kaufgeldrestes nebst Zinsen verurtheilt, indem sie in den Entscheidungsgründen darauf hinweisen, daß es der Beklagten freistehe, — womit auch Kläger sich zufrieden erklärt hat, — die Zahlung zum gerichtlichen Depositum zu leisten.

Digitized by Google

Das Obergericht macht im ersten Erkenntnisse geltend, die exceptio non ad impleti contractus setze voraus, daß die eingeklagte Leistung nach der Natur der Sache oder nach aus- pag. 4.
drücklicher Verabredung von der Leistung des Klägers abhängig sei; dies lasse sich hier nicht annehmen, weil der Zahlungspflicht des Käufers ein bestimmter, von Bewirkung der Lassung ganz unabhängiger dies beigefügt worden und daher die Einrede in den jetzigen Acten nicht verhandelt werden könne. Das Revisionserkenntniß bezieht sich auf diese Gründe und hebt weiter hervor, daß, wenn in einem Kaufcontracte über ein Bremisches Immobile etwas Anderes nicht ausgemacht worden, es als die Absicht der Contrahenten angesehen werden dürfe, daß Lieferung und Lassung von Seiten des Verkäufers, Zahlung und gesetzliche Mitwirkung bei der Lassung von Seiten des Käufers in einem Moment zusammenfallen, Zug um Zug erfolgen, also auch bei zurückbleibender Leistung des einen Contrahenten der andere Contrahent seine Gegenleistung zurückhalten könne; aber durch den Contract könne etwas Anderes bestimmt, die Liefe- pag. 5.
rung von der Lassung losgerissen und für die Zahlung des Kaufpreises ein anderer Termin als der der Lassung festgesetzt werden, und, wenn dieses geschehen, so dürfe die Leistung nicht zurückgehalten werden, welche nach dem Contracte von der Gegenleistung nicht abhängig sein solle. Dergleichen abweichende Bestimmungen über die Lieferung, die Zahlung des Kaufpreises und die Lassung seien im vorliegenden Falle durch den Kaufcontract vereinbart, und die Beklagte könne sich nicht beschweren, wenn ihr Versuch, die in Ermangelung solcher besonderer Verabredungen anwendbaren Rechtsbehelfe für sich geltend zu machen, zurückgewiesen und sie namentlich zur Zahlung der auf den 1. Januar 1862 versprochenen, also längst fälligen 1000 Thlr. angehalten werde. Der Umstand, daß die Zahlung dieser 1000 Thlr. nicht wie die der 500 Thlr. auf den Moment pag. 6.
der Lieferung, sondern so viel später festgesetzt worden, daß inzwischen die Abkündigung füglich habe erfolgt sein können, berechtige die Beklagte nicht, die Zahlung wegen nicht erfolgter Lassung vorzuenthalten, da vertragsmäßig die Zahlungspflicht

Digitized by Google

eben ganz allein von dem Eintritt des vereinbarten Termins abhängig gemacht sei.

III. Diesen Ausführungen konnte nicht beigetreten werden

1) Die Gesammtheit der dem Verkäufer contractlich obliegenden Leistungen steht, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, zu der Zahlungspflicht des Käufers rechtlich in dem Verhältnisse, daß die letztere aufgehoben werden darf, bis jene Leistungen vollständig erfüllt sind und macht auch die Lassung eines Immobile hievon keine Ausnahme, insbesondere dann nicht, wenn dieselbe, wie hier, (im §. 3 des Kaufcontracts) ausdrücklich als
pag. 7. Gegenleistung vom Verkäufer versprochen worden. Daß das Versprechen der Lassung getrennt von den im §. 2 des Contracts enthaltenen Stipulationen über Lieferung und Kaufpreisentrichtung erst im §. 3 nachfolgt, vermag offenbar an dem rechtlichen Verhältnisse derselben zur Zahlung des Kaufpreises nichts zu ändern, da die sämmtlichen Contractsbestimmungen als ein Ganzes anzusehen sind. Das Obergericht folgert nun lediglich aus der Verabredung eines festen Zahlungstages für den Kaufpreis, daß es der Wille der Contrahenten gewesen, die Zahlungspflicht des Käufers von den Leistungen des Verkäufers unabhängig zu machen und aus ihrer Wechselbeziehung loszulösen. — Diese Folgerung wäre allerdings begründet, wenn bis zu dem festgesetzten Zahlungstage die dem Verkäufer obliegenden Leistungen sich nicht vollständig hätten erfüllen lassen. So liegt aber die Sache hier nicht. Vom 9. September 1861
pag. 8. (dem Tage des Vertragsabschlusses) bis zum 1. Januar 1862 ließ sich nicht blos die Uebergabe (Lieferung) des Immobile, sondern auch die Lassung mit allen vorgeschriebenen Förmlichkeiten sehr gut vollziehen. Ist dies der Fall, so hat man keinen Grund, der Festsetzung des Zahlungstages eine andere Bedeutung beizulegen, als ihr sonst präsumtiv zukommt, nämlich die der einfachen Hinaussetzung der Fälligkeit der Forderung zu Gunsten des Zahlungspflichtigen. Sollte der dies zugleich zum Nachtheil des Schuldners gereichen, so müßten anderweitige Momente vorhanden sein, die dies als Absicht der Contrahenten erkennen ließen. Daran fehlt es hier gänzlich und ergiebt sich,

Digitized by Google

daß das Rechtsverhältniß der Contrahenten am 1. Januar 1862 in die Lage versetzt wurde, in welcher es von Anfang an gewesen wäre, wenn es an die Festsetzung eines dies solutionis für den Kaufpreis gefehlt hätte. Daran, daß der dies lediglich zum pag. 9
Besten des Käufers festgesetzt worden, wird auch offenbar durch den Umstand nichts geändert, daß die Hinausetzung des dies solutionis hinsichtlich der Verzinsung des Kaufpreises dem Schuldner keinen Vortheil brachte, da er durch die Lieferung die vollständige Nutzung des gekauften Immobile erlangte, mithin die von diesem Zeitpunkte an erfolgende Verzinsung des Kaufpreises nur als ein dieser Nutzung entsprechendes Aequivalent erscheint und daneben ein wesentliches Interesse des Käufers darin bestand, einen Theil des Kaufpreises nicht früher schuldig zu werden, als nach einer zur Bewirkung der Lassung hinreichenden Frist, zumal ihm durch die inzwischen bewirkte Lassung die Herbeischaffung der Geldmittel erleichtert wurde. Daß auch Kläger zur sofortigen Bewirkung der Lassung sich verpflichtet gehalten, geht aus seiner eigenen Anführung hervor: pag. 10
er habe die Abkündigung des verkauften Immobile zeitig befördert, aber es sei die Lassung durch eine von J. C. B. Meyer in Bremen profitirte Forderung gehindert worden.

Hiernach muß angenommen werden, daß hinsichtlich der Abhängigkeit der Leistungen von den Gegenleistungen durch den Kaufcontract nichts Besonderes bestimmt worden, und daß vom 1. Januar 1862 an jeder Theil, um mit Erfolg klagen zu können, erst seinerseits erfüllen oder gehörig offeriren mußte, daß Kläger aber Dasjenige, was er an seinem Theile zur Bewirkung der Lassung zu prästiren hat, bisher nicht in rechtlich wirksamer Weise offerirte, kann er selbst nicht bestreiten, da er sich zwar ausdrücklich erbietet, die Lassung mit zu bewirken, aber nicht in Abrede stellt, daß das von ihm zu beseitigende Hinderniß, welches die bereits früher beabsichtigte Lassung bisher vereitelt hat (die Anmeldung von 500 Thlr. durch Meyer), pag. 11.
noch fortbesteht und seine Behauptung, dieses zeitweilige Hinderniß sei immer zu beseitigen, offenbar nicht in Betracht kommen kann.

Vgl. [12] Act. des Obergerichts.
[1] und [11] Act. jetziger Instanz.

Digitized by Google

2) Wollte man aber auch dieſe Annahme nicht ſtatuiren, ſo würde immer noch nicht mit dem Obergerichte zu behaupten ſein, daß der Käufer unter allen Umſtänden zur Zahlung der fraglichen 1000 Thlr. nebſt Zinſen am 1. Januar 1862 verpflichtet war. Es wird vielmehr zu erwägen ſein, ob nicht die Einwendung der beklagten Partei, welche ſie ſchon in den Exceptionen dahin formulirt: Kläger habe, bevor er eine fernere Zahlung beanſpruchen könne, für Reinigung des Profeſſionsprotokolls zu ſorgen,

vgl. [5] Act. des Obergerichts.

für wohl begründet zu erachten iſt.

Der Kläger als Verkäufer iſt verpflichtet, dafür aufzu-
pag. 12. kommen, daß die Vorausſetzungen, unter denen der Käufer die Zahlung des Kaufpreiſes verſprach, ganz ſo vorhanden ſind, wie der über die Berichtigung des Kaufpreiſes redende §. 2 des Kaufcontracts beſagt. Durch den §. 2 aber, welcher den Käufer zu einer Baarzahlung von 1500 Thlr. und zur Uebernahme von 7000 Thlr. Hypotheken verpflichtet, womit der ganze Kaufpreis von 8500 Thlr. erſchöpft iſt, verſprach der Verkäufer entweder, daß nur 7000 Thlr. auf dem verkauften Hauſe haften, oder, wenn das Haus für eine größere Summe, ſei es wegen handfeſtariſcher Poſte oder durch Profeſſion ſonſtiger Forderungen verhaftet wurde, daß er die Tilgung der fraglichen Poſte bis auf die contractsmäßige Summe von 7000 Thlr. bewirken würde. Mit anderen Worten: der Käufer verpflichtete ſich zu einer Baarzahlung an den Verkäufer nur, wenn er in der Lage war,
pag. 13. lediglich 7000 Thlr. als ſeine Schuld zu übernehmen, weil der Verkäufer, der ſich 1500 Thlr. Baarzahlung verſprechen ließ, ihm contractsmäßig nur 7000 Thlr. fremde Forderungen aufbürden durfte. Dieſe rechtliche Lage der Sache wird ſelbſtverſtändlich dadurch nicht alterirt, daß zu Gunſten des Käufers für einen Theil des Kaufpreiſes ein Zahlungsaufſchub im Contracte vereinbart wurde. Selbſt wenn der Contract beſtimmt hätte, daß Käufer ſofort bei der Lieferung 7000 Thlr. Hypotheken als ſeine Schuld zu übernehmen und den ganzen Kaufgeldreſt von 1500 Thrl. baar zu zahlen habe, wäre der Käufer berechtigt

gewesen, die Baarzahlung zurückzuhalten, sobald sich herausstellte, daß das Haus wegen 8500 Thlr. verhaftet sei.

Da nun Kläger zugesteht, daß das Haus wegen 8500 Thlr. theils aus handfestarischen Forderungen, theils aus Professa verhaftet worden, so kann die Beklagte, so lange dieser sie benachtheiligende Zustand dauert, nicht verurtheilt werden, die noch restirenden 1000 Thlr. an den Verkäufer zu zahlen. pag. 14.

Auch zur Zahlung von Zinsen ist die Beklagte für jetzt nicht verpflichtet. Denn wenn sie sich auch seit der Uebergabe des Hauses in der vollständigen Nutzung desselben befindet, ohne doch den Kaufpreis ganz gezahlt zu haben, und daher auch ganz abgesehen von den contractlichen Bestimmungen die Zinsen auf den Kaufgeldrest seit der Lieferung des Hauses schon in Gemäßheit gesetzlicher Vorschrift schuldet.

L. 13. §. 20. D. de act. emt. vend. (19. 1.)
L. 5. C. eod. (4. 49.)

so kann doch Beklagte, da bereits 500 Thlr. baar an den Käufer auf den Kaufpreis bezahlt worden und 8500 Thlr. auf dem verkauften Hause haften, während contractlich dasselbe nur mit 7000 Thlr. belastet sein sollte, so lange dieser contractlich vorausgesetzte Zustand nicht hergestellt worden, zu ihrer Sicherheit jede weitere Leistung innerhalb der Summe von 1500 Thlr. pag. 15. verweigern, mithin auch die Zinsen des Kaufgeldrestes von 1000 Thlr. einbehalten, bis dieselben die Summe von 500 Thlr. erreichen werden.

Arg. L. 13. §. 8. D. de act. emti vend. (19. 1.)

3) Es fragt sich weiter, ob die Verurtheilung der Beklagten auf Grund der Bestimmungen der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 etwa in der Form zulässig sei, daß ihr aufgegeben wird, den Kaufgeldrest von 1000 Thlr. nebst Zinsen zum gerichtlichen Depositum zu zahlen. Nach den einschlagenden Bestimmungen der Erbe- und Handfesten-Ordnung ist, soweit es die Veräußerung unter der Hand angeht, die Berichtigung des Kaufpreises in zweierlei Weise ausführbar. Entweder der Käufer deponirt den Kaufpreis, um die Tilgung der Handfesten und der Professa selbst zu bewirken. Oder der Käufer

Digitized by Google

zahlt an den Verkäufer, indem er demselben das Vertrauen schenkt, daß derselbe die auf dem Immobile haftenden Ansprüche
pag. 16. Dritter richtig angegeben habe oder doch die Richtigkeit dieser Angaben herstellen werde. In dem letzteren Falle ist, um die Befreiung des Immobile von den profitirten Ansprüchen zu bewirken, die Einwilligung der Profitenten erforderlich, welche der Verkäufer herbeizuführen hat.

Erbe- und Handf.-Ordn. §. 52 u. §. 60.

Das Gesetz scheint von der Voraussetzung auszugehen, daß der ganze Kaufpreis zur Deposition gebracht werden muß, weil nur in diesem Falle die Wirkungen des §. 52. cit., daß die Verhaftung des Immobile für die handfestarischen und sonstigen Forderungen wegfällt, vollständig eintreten können.

vgl. auch G. u. H.-O. §. 11.

Ist dies die Meinung des Gesetzes, so kann der Kläger, welcher bereits die Baarzahlung eines Theils des Kaufpreises angenommen hat, die Deposition des Kaufgeldrestes
pag. 17. überall nicht mehr begehren. Aber auch, wenn man die bezüglichen Vorschriften der Erbe- und Handfesten-Ordnung dahin verstehen will, daß der Verkäufer, welcher bereits einen Theil des Kaufpreises erhalten hat, berechtigt ist, statt der Baarzahlung des Kaufgeldrestes die Deposition desselben zu verlangen, damit dieser auf die angemeldeten Forderungen adjudicirt werde, so liegt doch in diesem Falle, wenn der Betrag der Professa größer ist, als der noch in Frage stehende Kaufgeldrest, dem Verkäufer die Verpflichtung ob, das Grundstück von dem Mehrbetrage der Schulden zu befreien und dies nachzuweisen, also den Verzicht der betreffenden Gläubiger hinsichtlich ihrer Professa beizubringen. Beide Theile also wären in einem solchen Falle verpflichtet, zur Reinigung des Professionsprotocolles mitzuwirken. Der Kläger mußte daher, um mit Erfolg klagen zu
pag. 18. können, mit seiner Leistung vorangehen, und begehrt die Beklagte mit Recht, daß Kläger erst die Tilgung des in 500 Thlr. bestehenden Mehrbetrags der Belastung des verkauften Hauses herbeiführe, ehe er auf Deposition des Kaufgeldrestes dringen könne.

IV. Nach dem Angeführten ist die Einrede der Beklagten,

Digitized by Google

womit sie vorläufig jede weitere Erfüllung des Kaufcontracts ihrerseits ablehnt, für begründet zu erachten und da auch die Thatsachen, auf welche die Beklagte ihre Einrede stützt, unter den Parteien nicht bestritten sind, so lag kein Grund vor, diese Einrede ad separatum zu verweisen; es war vielmehr in Gemäßheit derselben die erhobene Klage zur Zeit abzuweisen, womit zugleich die übrigen eventuellen Beschwerden der Beklagten sich erledigen.

V. Wenn auch die Klage zur Zeit abgewiesen werden mußte, so war doch Kläger, da die beklagte Partei in erster Instanz noch weiter gehende in den Acten verhandelte Einwendungen gegen die Klage vorgeschützt hat, welche von ihr demnächst aufgegeben sind, nur in die Hälfte der Kosten erster Instanz zu verurtheilen, während die andere Hälfte dieser Kosten, sowie wegen des Wechsels der Entscheidungen die Kosten der vorigen und der jetzigen Instanz zu compensiren waren. pag. 19.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Dr. med. Christoph Hellwig Schmidt Wittwe in Bremen, Klägerin jetzt Appellantin, wider Nicolaus Arnold Ordemann daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, Aufführung einer Mauer betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 19. November 1864 aus den dem Untergerichts-Urtheil vom 7. Juni desselben Jahres beigefügten Gründen unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 22. April 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann,**

Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Dr. med. Christoph Hellwig Schmidt Wittwe in Bremen, Klägerin, jetzt Appellantin, wider Nicolaus Arnold Ordemann daselbst, Beklagten, jetzt Appellaten, nachbarliche Streitigkeiten betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Bremen vom 3. December 1864 aus den dem Obergerichts-Urtheil vom 3. October desselben Jahres beigefügten Gründen, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 22. April 1865.

(L. S.)

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.,
Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Dr. med. Nicolas Lafayette Campbell, gegenwärtig in den Vereinigten Staaten von Nordamerika sich aufhaltend, Klägers, jetzt Appellantens, wider seine Ehefrau, Louise, geb. Fröhlich zu Bremen, Beklagte jetzt Appellatin, Wiederbeginn des ehelichen Zusammenlebens betreffend, werden die Parteien von dem am 16. März d. J. erfolgten Eingang der Voracten benachrichtigt, und

in Erwägung:

1) daß zur Widerlegung der ersten und zweiten Beschwerde, welche darüber erhoben sind, daß dem Antrage des Klägers vom 4. November 1864 in [8] der O. Ger. Acten nicht entsprochen worden, im Allgemeinen auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse verwiesen werden kann,

und insbesondere das Erbieten des Klägers, die der Beklagten angewiesene, aus zwei auf 3 Wochen in Hillmann's Hôtel gemietheten Zimmern bestehende Wohnung für längere Zeit zu miethen, resp. die Zahl der Zimmer zu vermehren, auch in Verbindung mit der Erklärung, daß Kläger selbst demnächst mit der Beklagten dort zu wohnen beabsichtige, zur Begründung des Antrags schon deshalb nicht genügt, weil jenes Erbieten nur ein bedingtes, für den Fall, daß Beklagte dem Obergerichts-Urtheile vom 4. Juli 1864 Folge leisten werde, gemachtes, die Erklärung des

Digitized by Google

Klägers aber, die Wohnung selbst beziehen zu wollen, eine in jeder Beziehung unbestimmte ist:

O. Ger. Act. [8] und O. A. Ger. [1] p. 2, 6.
O. Ger. Act. Prot. pag. 4 in fine.

während nach dem gedachten Obergerichtsurtheile der Kläger bereits factisch für sich eine, zugleich zur Mitaufnahme seiner Ehefrau bestimmte und geeignete Wohnung etablirt und damit ein Ehedomicil begründet haben muß, ehe er verlangen kann, daß die Beklagte ihm dahin folge;

und es nicht als Ausübung seines rechtskräftig anerkannten ehemännlichen Rechtes, sondern nur als Willkühr angesehen werden kann, wenn er, während er selbst einen bestimmten Aufenthalt gar nicht hat, und über sein zukünftiges Domicil eine Bestimmung noch gar nicht getroffen zu haben scheint — die Beklagte zwingen will, ein auf ihre eigene Kosten bezogenes Haus zu verlassen und ihren bestimmten gesicherten Aufenthalt mit einer Wohnung im Hôtel zu vertauschen;

2) daß — soviel die dritte Beschwerde anlangt: daß nicht eventuell dem Kläger nachgelassen worden, für eine andere gemeinschaftliche Wohnung der Parteien zu sorgen — der in [8] der O. Ger. Acten gestellte Antrag nur als angebrachtermaaßen unstatthaft abgewiesen worden, dem Kläger also die Stellung anderweiter Anträge unbenommen und somit die Beschwerde ohne Gegenstand ist;

3) daß die vierte über die Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Revisions-Instanz erhobene Beschwerde nur eine consecutive ist und mit Verwerfung der Beschwerden in der Hauptsache von selbst ihre Erledigung findet;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

Digitized by Google

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Bremen vom 14. Januar 1865, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei. Und wie nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen wird, so soll dasselbe auch um Insinuation dieses Urtheils an die Beklagte ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 24. April 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Ruſt in Tenever, Chriſtian Lange, Hermann Freſe uxor. nom. Beta, geb. Lange, in Haſenbühren und Meta Lange ebendaſelbſt, Kläger, jetzt Appellanten, wider Johann Biſchoff Wittwe, Geſche Margaretha, geb. Meyer, zu Tenever, ſowie Hermann Biſchoff zu Uphauſen und Johann Meyer zu Hemelingen, als Vormünder von Hermann Biſchoff, Beklagte, jetzt Appellaten Herausgabe eines Nachlaſſes betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutſchlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache ſelbſt, wie hiemit geſchieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanſeſtadt Bremen vom 11. April 1864 wieder aufzuheben und die Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweiſes für die Beklagten, zu dem Beweiſe zuzulaſſen ſeien:

daß in dem Bremiſchen Landgebiete nach entſchiedenem Gewohnheitsrecht die Mündigkeit entweder überhaupt oder doch wenigſtens in Beziehung auf die Errichtung letztwilliger Verfügungen erſt mit vollendetem 18. beziehungsweiſe 15. Lebensjahre eintrete.

Die Entſcheidung über die Koſten erſter Inſtanz bleibt annoch ausgeſetzt, wohingegen die Koſten dieſer und der vorigen

Digitized by Google

Instanz verglichen werden: und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 20. Mai 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.,
Sekretar.

Entscheidungsgründe.

I. Wäre, soviel die erste und principale Beschwerde der Kläger betrifft, es

A. mit dem Obergerichte als ausgemacht zum Grunde zu pag. 2.
legen, daß in der Stadt Bremen der Termin der Testaments-mündigkeit gegenwärtig der gemeinrechtliche sei, so hätte es gar kein Bedenken, das gleiche Recht auch für das Landgebiet als geltend anzunehmen. Allein gegen jene Voraussetzung erheben sich nicht unerhebliche Zweifel.

1) Auszugehen war hier mit dem Obergerichte davon, daß ursprünglich die statutarischen Termine der Handlungsfähigkeit von 18 resp. 15 Jahren.

Stat. 14 und 17 von 1433

auch die der Testamentsmündigkeit waren, wofür überdies das Stat. 25 noch ein positives Zeugniß durch die Bestimmung enthält, daß ein zu seinen Jahren gekommener Bürger schuldig sei, sein Heergewette denen zuzuwenden (to gevende), die dazu berechtigt seien, indem hier offenbar vorausgesetzt wird, daß er, ehe er zu seinen Jahren gekommen, nicht die Fähigkeit pag. 3.
gehabt habe auf den Todesfall zu verfügen.

Wenn die Beklagten dawider geltend machen

Digitized by Google

a. daß die Teſtamente, auch die Bremiſchen, Römiſchen Urſprungs ſeien, und

b. daß anzunehmen ſei, es habe auch in Bremen urſprünglich der frühere Mündigkeitstermin des Sachſenſpiegels von 12 Jahren gegolten, und daß, wenn auch dieſer Termin ſchon im Statute von 1303 für die Dauer der Vormundſchaft auf die obigen Jahre hinausgerückt ſei, doch das Gleiche für die Teſtamentsmündigkeit nicht anzunehmen ſtehe, ſo bedarf

ad a. der erſte Grund nach dem Ergebniſſe neuerer Forſchungen und bei dem hohen Alter der Teſtamente in Bremen

Gildemeiſter Beiträge Th. 1. S. 223 f.

keiner Widerlegung. Was aber

pag. 4. ad b. den zweiten Grund betrifft, ſo iſt derſelbe, abgeſehen davon, daß deſſen Vorausſetzung im Hinblick auf das Alter der hier fraglichen Beſtimmungen im Bremiſchen Rechte

Oelrichs Sammlung Verordn. S. VIII.—IX.

Donandt Geſchichte Th. II. S. 29. 35. f. 92. f.

alles wider ſich hat, um ſo unzutreffender, als grade die Bedenken, Kindern von 12 Jahren die freie Verfügung über ihr Vermögen zu überlaſſen, ſchon im Mittelalter der Hauptgrund zur Hinausſchiebung des Mündigkeitstermins geweſen ſind.

Kraut Vormundſchaft Th. I. S. 139.

Und wenn dabei die Beklagten, im Widerſpruch hiemit, noch beſonders geltend machen, daß zu einem Hinausſchieben des

pag. 5. älteren Termins für Verfügungen auf den Todesfall um ſo weniger Grund vorgelegen habe, als über Erbgut ohnehin nicht habe verfügt werden dürfen, wohlgewonnenes aber bei ſo jungen Leuten nicht vorauszuſetzen ſei, ſo überſehen ſie, daß auch in Bremen, abgeſehen von der Beſchränkung des Stat. 25 cit. über alle fahrende Habe, auch die ererbte nach älterem Rechte frei verfügt werden konnte.

2) Ferner liegen erhebliche Beweiſe dafür vor, daß jedenfalls bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die ſtatutariſchen Termine als diejenigen der beginnenden freien Handlungsfähig-

Digitized by Google

keit im Allgemeinen in Bremen festgehalten sind. Mit den hiefür vorliegenden Zeugnissen von

Kreffting (1606) bei Gildemeister a. a. O. Th. 2. S. 153.

Köhnen Diss. de majoris aetatis termino secundum jus Romanum et statutarium Bremense (1745) Cap. III. §. 11. pag. 6.

Schoene Diss. de tutela Bremensi (1762) Cap. VI. §. 3.

Lampe de testamentifactione Bremensi (1770) p. 61.

gegen welche die Aeußerung in

Koch Differentiae juris Romani, Saxonici et statutarii s. v. pubes

nicht in Betracht kommen kann, stimmt völlig überein, was das Obergericht selbst aus den bis zum Jahre 1770 reichenden Acten über eine zu entwerfende Vormundschaftsordnung mittheilt, indem in den vorhandenen Entwürfen die noch bestehende Gültigkeit der statutarischen Termine der Mündigkeit ohne Weiteres zum Grunde gelegt wird. Und hiernach hat es jedenfalls die größere Wahrscheinlichkeit, daß eben diese Termine gemeint sind, wenn die Gerichtsordnung von 1750 von Personen redet, die „zu ihren Jahren," „zu ihren mündigen Jahren" gekommen sind. pag. 7.

P. II. Tit. 20. §. 14. u. 16.

Ja, es hat im Jahre 1808 Gildemeister die Ansicht zu begründen versucht, daß noch damals jene Termine die der Bremischen Volljährigkeit seien,

a. a. O. S. 144. f.

was von diesem Schriftsteller schwerlich hätte versucht werden können, wenn sie damals nicht einmal mehr als Mündigkeitstermine gegolten hätten. Gegen die Annahme aber, daß, während man im Uebrigen die statutarischen Mündigkeitstermine festhielt, in Beziehung auf Testamentification das gemeine Recht Eingang gefunden habe, spricht nicht nur wenigstens bis zum Jahre 1770 das bestimmte Zeugniß von

Lampe l. c.

sondern auch die Tendenz des Deutschen Rechts, indem aus dem oben bereits bemerkten Grunde im bewußten Gegensatze gegen das gemeine Recht, in den meisten Deutschen Gesetzge- pag. 8.

Digitized by Google

bungen bis auf die neueste Zeit der Termin der Testamentsmündigkeit auf ein reiferes Alter hinausgerückt ist, und zwar in den meisten Rechten auf das 18te, und theilweise sogar auf ein höheres Lebensjahr.

Lübeckſches Recht.
Pauli Abhandl. III. S. 193. f.
Verordnung vom 15. Febr. 1862.
Hamburger Stadtrecht III. 1. Art. 13.
Gries Commentar II. S. 162.
Trummer Erbrecht II. §. 484.
Baumeiſter Privatr. II. §. 106.
Eiderſtädter Landrecht von 1599. Th. II. Art. 10.
Dithmariſches Landrecht von 1567. Art. 28.
pag. 9. Friedrichsſtädter Stadtrecht Th. II. Sect. 3. Tit. 1. Art. 14.
Habeler Landrecht Th. III. Tit. 10. (Pufendorf Observ. T. I. App. p. 40.)
Lüneburger Reformation P. IV. tit. 2. (Pufendorf obs. T. IV. App. p. 716—17).
Braunſchweiger Stadtrecht v. 1532. Titel von Giften und Teſtamenten. (Pufendorf ebendaſ. p. 117).
Celleſche Statuten Tit. 10.
Frankfurter Reformation Th. IV. Tit. 2. §. 3.
Trierer Landrecht v. 1713. Tit. I. §. 3.
Landrecht der oberen Grafſchaft Katzenellenbogen Th. II. Tit. 5. §. 2.
Solms'ſches Landrecht Th. II. Tit. 23. §. 1.
Churpfälziſches Landrecht v. 1610. Th. III. Tit. 2. §. 2.
pag. 10. Badiſches Landrecht v. 1622. Th. V. Tit. 5.
Der Stadt Worms Reformation von 1498. Bd. IV. Th. 3. Tit. 9.
Statuten von Freiburg i. B. v. 1520. Tract. III. Tit. §. Wie alt (Mannsperſonen 18, Weibsbilder 20 Jahre).
Baſeler Statuten v. 1719. Th. III. Tit. 2. §. 433. (Mannsperſonen 18, Weibsperſonen 16 Jahre),

während andere Rechte für beide Geſchlechter das 16te Lebensjahr feſtſtellen:

Würtembergiſches Landrecht Th. III. Tit. 2. §. Als Anfangs.
Tyroler Landesordnung v. 1573. Buch III. Tit. 3. verb. mit Tit. 2.

Digitized by Google

Hennebergische Landesordnung v. 1539. Buch III. Tit. 3. Cap. 1. §. 1. verb. mit Tit. 6. Cap. 8.
Hohenloher Landrecht v. 1738. Th. IV. Tit. 1. §. 2. pag. 11.
Holsteinische Verordnung von 1752. (Paulsen Schlesw. Holst. Privatrecht. §. 199.)

und endlich noch andere Gesetzgebungen sich zwar insofern dem gemeinen Rechte mehr anschließen, als sie die Testamentsmündigkeit für beide Geschlechter auf das vollendete 14te Lebensjahr festsetzen.

Codex Bavaricus Th. 3. Cap. 3. §. 3.
Sächsisches Civilgesetzbuch. §. 2066.
Preußisches Landrecht Th. I. Tit. 12. §. 16.
Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch. §. 569.

beide letztgedachte jedoch mit der näheren Bestimmung, daß solche Personen, die das 18te Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nur mündlich vor Gericht sollen testiren dürfen, wodurch, besonders bei der im Oesterreichischen Gesetzbuche dem Richter zur Pflicht gemachten causae cognitio, materiell dem Deutschen pag. 12. Principe erheblich Rechnung getragen ist.

Aus dieser Richtung des Deutschen Rechts würde zwar für Bremen, wenn dessen ältere Statuten keine Vorschrift darüber enthielten, nichts gefolgert werden können. Wohl aber erwächst daraus eine gewisse Unwahrscheinlichkeit, daß man von dem bestehenden späteren Termine auf den früheren gemeinrechtlichen zurückgegangen sei. Tritt nun noch hinzu, daß in Bremen die Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts die Handlungsfähigkeit für einzelne Rechtsgeschäfte erst mit einem späteren Termine als die statutarischen hat eintreten lassen,

Wechselordnung von 1712. art. 61.
Verordnung wider heimliche Verlöbnisse vom 21. März 1750.

daß sich dagegen in diesem Zeitraum keine Spur einer Zurück- pag. 13. verlegung der statutarischen Termine entdecken läßt, so scheint allerdings viel dafür zu sprechen, daß bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts in Beziehung auf Testamentsfähigkeit eine Aenderung des statutarischen Rechts nicht eingetreten sei, und es fragt sich daher

Digitized by Google

3) ob Genügendes vorliegt, um anzunehmen, daß eine solche Aenderung seitdem stattgefunden habe.

a. Auf die in dem im Jahre 1836 erschienenen Aufsatze „die Rechte der Jugend," wie die Kläger selbst zugeben, ausgesprochene Ansicht, daß in der Stadt Bremen die Römische Testamentsmündigkeit gelte, scheint auch das Obergericht kein erhebliches Gewicht zu legen. Ueberdies würde dieser Ansicht die Meinung eines anderen Bremischen Practikers, welcher die
pag. 14. erreichte Volljährigkeit als den jetzigen Termin der Bremischen Testamentsfähigkeit annimmt,

> Denecken Vorlesungen über einige wichtige Gegenstände des Bremischen Stadtrechts. S. 66. verb. S. 107. f.

entgegenstehen. Dagegen findet das Obergericht

b. einen positiven Beweis dafür, daß, nachdem der gemeinrechtliche Volljährigkeitstermin in Bremen gesetzlich sanctionirt worden, nicht, wie Es sich ausdrückt, die Volljährigkeitstermine des Statuts zu Pubertätstermine gemacht seien, darin, daß in einer Reihe von Ihm eingesehener rechtlicher Entscheidungen sich keine Spur davon finde, vielmehr überall, wo die Dispositionsfähigkeit der minores in Frage gekommen, als ausgemachten Rechtens angesehen sei, daß darüber das Römische Recht
pag. 15. entscheide, indem der statutarischen Termine gar nicht einmal gedacht sei. Nun ersieht man zwar nicht näher, welcher Art die Entscheidungen gewesen seien, auf welche das Obergericht hier Gewicht legt. Daß es keine über letztwillige Verfügungen sind, darf ohne Weiteres angenommen werden, da das Obergericht in seinem ersten Urtheile bezeugt, daß Präjudicate darüber nicht vorhanden seien. Sind es aber Entscheidungen über von Minderjährigen getroffene vermögensrechtliche oder andere Dispositionen, bei denen an sich die Vormundschaft in Betracht kommt, und welche die Minderjährigen, obgleich unter Vormündern stehend, oder weil derselben ermangelnd, allein geschlossen haben, so würde sich gegen das Beweisende dieser Entscheidungen das Bedenken erheben lassen, daß, wenn auch solche von minores puberes des Römischen Rechts eingegangene Ver-

Digitized by Google

bindlichkeiten völlig gleich behandelt sein sollten, mochten Jene pag. 16.
unter oder über dem statutarischen Mündigkeitsalter gestanden haben, daraus für die Frage, ob dieses Alter für letztwillige Verfügungen noch Gültigkeit habe, sich nicht wohl Etwas dürfte folgern lassen; wie denn ja auch viele der oben angeführten Land- und Stadtrechte im Uebrigen die gemeinrechtlichen Mündigkeits- und Volljährigkeitstermine recipirt und gleichwohl daneben für letztwillige Verfügungen einen besonderen vom Römischen Termine abweichenden weiteren beibehalten oder eingeführt haben. Indessen läßt sich, da die Bremischen Statuten eine ausdrückliche Bestimmung über Testamentsmündigkeit nicht enthalten, die Möglichkeit nicht verkennen, daß die älteren Termine der Mündigkeit, welche ja auch zugleich Volljährigkeits- pag. 17.
termine waren, durch die Einführung der gemeinrechtlichen Volljährigkeit gänzlich aufgehoben seien und somit alle Bedeutung verloren haben.

Jedenfalls erschien es bedenklich, ohne Einsicht der vom Obergerichte seiner Entscheidung zum Grunde gelegten Acten über die Frage definitiv abzusprechen.

Auch bedurfte es dessen nicht, da selbst dann, wenn die statutarischen Termine für Testamentifaction in der Stadt noch für gültig zu erachten wären, gleichwohl

B. dem Obergerichte beigetreten werden mußte, daß ein Beweis, in dem Landgebiete gelte das gleiche Recht zur Zeit nicht vorliege.

1) Allerdings kann zwar im Allgemeinen darauf allein daß die Bremischen Statuten ursprünglich als ein Recht der Stadt und ihres Weichbildes aufgezeichnet sind, kein entschei- pag. 18.
dendes Gewicht gelegt werden, da das Gleiche fast bei allen älteren Stadtrechten sich findet, und gleichwohl dieselben meistens im Laufe der Zeit auch in den später erworbenen Landgebieten, wenn auch mit den unter andern aus der Verschiedenheit der städtischen und ländlichen Zustände sich von selbst ergebenden Ausnahmen, theils unmittelbare theils subsidiäre Geltung erlangt haben. Ferner läßt sich dafür, daß das Gleiche

Digitized by Google

in Bremen nicht eingetreten sei, den vom Obergerichte angezogenen Verordnungen vom 24. Mai 1827 und vom 23. Nov. 1829 ein Beweis nicht wohl entnehmen. Es ist eine ausgemachte Thatsache, daß in einzelnen Punkten das im Gebiete geltende Recht von dem der Stadt abweicht, daß auch in neuerer Zeit einestheils für die Stadt, anderntheils für das Gebiet
pag. 19. besondere Gesetze erlassen sind. Wenn nun in den obigen Verordnungen verfügt wird, daß insofern eine solche Abweichung des Rechts und der Gesetzgebung Statt finde, in einigen neu erworbenen Theilen des Staatsterritoriums die Gesetzgebung der Stadt, in anderen die des Landgebiets Geltung haben solle, läßt sich daraus für die Frage, ob nicht, insofern keine solche nachweisbare Verschiedenheit des Rechts Statt findet, das statutarische Recht auch im Gebiete Geltung gewonnen habe, nicht wohl etwas folgern.

Nun beruft sich das Obergericht zwar auf mehrere Präjudicate, in welchen bestimmt das Gegentheil ausgesprochen sei. Von diesen ist aber in dem beim O. A. Gerichte selbst ergangenen in Untersuchungssachen wider Vogelsang von 1862 nur ausgesprochen worden, daß das ausdrücklich nur von
pag. 20. städtischen Grundstücken handelnde Statut 44 von 1433 weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit erweislich auf das Gebiet ausgedehnt sei, und es ergeben die Entscheidungsgründe, daß auch das andere vom Obergerichte angeführte Erkenntniß in Sachen Meyer c. Hillmann von 1841 zunächst nur diese Frage und abweichend von früheren Bremischen Erkenntnissen, entschieden hat; wogegen die Tragweite des noch ferner vom Obergerichte citirten dem O. A. Gerichte nicht bekannten Erkenntnisses in Sachen Hagen c. Garbade von 1815 dahin gestellt bleiben muß.

Gleichwohl muß so viel zugegeben werden, daß es an dem erforderlichen positiven Beweise von der allgemeinen, wenn auch nur subsidiären Geltung des Bremischen Statuts im Landgebiete zur Zeit noch fehlt.

Das Gleiche gilt aber auch

Digitized by Google

2) von den besonderen Mündigkeitsterminen des Statuts pag. 21.
und namentlich in Beziehung auf Testamentifaction. Zwar hat es, falls in dem jetzigen Bremischen Stadtgebiete, was den Eintritt der Handlungsfähigkeit betrifft, ursprünglich ein vom Bremischen Statut abweichendes Recht gegolten haben sollte, was nicht füglich zu bezweifeln ist, allerdings einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit, daß namentlich hierin, wie in anderen allgemeinen Grundsätzen, im Laufe der Zeit eine Rechtsgleichheit zwischen Stadt und Land eingetreten sei. Denn wenn das Obergericht dies aus dem Grunde bezweifelt, weil die Lehre von der Mündigkeit eine sehr wenig praktische sei, und daher angenommen werden dürfe, daß es in dieser Beziehung beim Alten geblieben sei, so würde dieser Grund schon zunächst in der Anwendung auf den vorliegenden Fall nur dann zutreffen, wenn unter dem „Alten“ das gemeine Recht verstanden pag. 22.
werden könnte, was einigermaßen bedenklich erscheint. Sodann aber ist dem Obergerichte zwar darin beizutreten, daß der Unterschied zwischen puberes und impuberes minores, mit alleiniger Ausnahme etwa der Testamentsfähigkeit, nach jetzigem Rechte ein nur wenig praktischer sei. Dagegen betraf in der früheren Zeit, von der es sich gerade fragt, ob damals nicht das Statut wenigstens in diesem Puncte im Landgebiete Geltung erlangt habe, dieser Unterschied gerade die Frage vom Beginn der selbständigen Handlungsfähigkeit und war mithin ein höchst praktischer, über welchen eine Ungewißheit des Rechts gar nicht bestehen konnte.

Auch läßt sich nicht verkennen, daß die Kläger sich für die Geltung des Statuts im Gebiete, wenigstens in diesem Punkte, pag. 23.
mit einigem Schein auf die Verordnung vom 21. März 1750 wider heimliche Verlöbnisse berufen, insofern diese Verordnung, obgleich sie nur die Ungewißheiten heben will, welche das Stadtrecht (Stat. 82 von 1433) darüber lasse, wie es sich mit den Eheversprechungen Minderjähriger verhalte, gleichwohl auch für das Landgebiet erlassen ist. Und das Gleiche gilt von der bereits oben berührten Gerichtsordnung von 1751, in-

Digitized by Google

sofern auch diese ausdrücklich mit für das Landgebiet erlassen ist.

Allein trotz alles Dessen fehlt es auch hier an einem genügenden positiven Beweise der Behauptung der Kläger und folglich würde die Frage von der Gültigkeit des streitigen Testaments lediglich nach gemeinem Rechte zu beurtheilen sein.

pag. 24. Es mußte daher die erste Beschwerde der Kläger als ungründet verworfen werden.

Dagegen war

II., der eventuellen zweiten Beschwerde insoweit zu entsprechen, als dieselbe dahin gerichtet ist, den Klägern den Beweis nachzulassen, daß die Bestimmungen des Statuts über die Mündigkeit namentlich in Beziehung auf Testamentsfähigkeit, als Gewohnheitsrecht auch im Landgebiete gälten.

Das Obergericht ist auf diese Beweisnachlassung nicht eingegangen, theils weil es der betreffenden Behauptung an aller thatsächlichen Begründung fehle, theils weil schon jetzt ihre Unhaltbarkeit erhelle. Das Letztere würde aber nur dann zutreffen, wenn schon jetzt der positive Beweis des Gegentheils dessen vorläge, worauf die Kläger sich gründen, was doch nach dem Obigen nicht der Fall. Zweifelhafter dagegen erscheint allerdings der erste Grund. Allein die Kläger haben denn doch schon in erster Instanz bestimmt behauptet, daß seither nie ein vor der statutarischen Mündigkeit errichtetes Testament als gültig anerkannt sei, und es erschien daher um so bedenklicher, ihnen jeden Beweis abzuschneiden, als sie denselben nach der für angemessen erachteten im Urtheile ersichtlichen Fassung auch durch den Nachweis führen können, daß im Bremischen Landgebiete überhaupt die dem Statute entsprechenden Mündigkeitstermine durch Gewohnheitsrecht Gültigkeit erlangt hätten.

Wenn aber

pag. 26. III. die Kläger eine weitere eventuelle Beschwerde auch gegen die erfolgte Abschneidung des Beweises ihrer Replik richten, daß es der Testirerin an der zur Dispositionsfähigkeit

Digitized by Google

erforderlichen Verstandesreife und der Einsicht in die in Betracht kommenden Erbverhältnisse gefehlt habe, so stellt sich diese Beschwerde als eine unbegründete dar. Denn Blödsinnigkeit der Testirerin ist nicht behauptet worden. Für die bei solchen, die das 14. resp. 12. Lebensjahr vollendet haben, eingetretene Geschlechts- und also Verstandesreife streitet aber nach gemeinem Rechte eine gesetzliche Präsumtion, welche von der individuellen Beschaffenheit in einem einzelnen Falle gänzlich absieht, und den Beweis einer solchen ausschließt.

L. 4. C. qui testam facere. (6. 22.)

War nach der Ausführung unter II. unter Aufhebung des vorigen Erkenntnisses noch auf Beweis zu erkennen, so rechtfertigt sich dadurch die verfügte Aussetzung der Kosten erster, und nicht minder die Entscheidung über die der vorigen und gegenwärtigen Instanz. pag. 27

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Johann Bätjer zu Arſten, Beklagtens, jetzt Appellantens, wider Hinrich Bätjer, Wittwe, Meta geb. Bollmann daſelbſt, Klägerin, jetzt Appellatin, (causa II.), Abfindung, Erbſchaft und Forderung betreffend, wird die von Erſterem hieſelbſt übergebene Appellationsſchrift nebſt Vollmacht der Letzteren abſchriftlich zur Nachricht mitgetheilt, und in Erwägung:

1) daß die im Obergerichts-Erkenntniſſe vom 12. Decemb. 1864 sub. 3. der Klägerin gemachte Beweisauflage:

> daß ihr Ehemann im Auftrag des Beklagten, oder in nützlicher Geſchäftsführung für denſelben einem Gläubiger des beklagtiſchen Schwiegerſohnes B. Weſſels 500 ℛ ausbezahlt habe,

zwar — ſoweit es ſich um eine im Auftrage des Beklagten bewirkte Auszahlung des fraglichen Betrags handelt — ihrem Wortlaute nach, bei der generellen Bedeutung des Ausdruckes „Auftrag“, auch den Fall zu umfaſſen ſcheint, daß der klägeriſche Ehemann nur als Bote des Beklagten deſſen Geld an den bezeichneten Empfänger überbracht haben ſollte,

indeſſen die weiteren Worte „in nützlicher Geſchäftsführung“ keinen anderen Sinn haben und haben können, als den, daß der klägeriſche Ehemann die zu beweiſende Auszahlung aus eigenen Mitteln beſchafft habe,

dieſem Theile des Beweisſatzes aber durch das Wort „oder“ die erſte Alternative „im Auftrag des Beklagten“ offenbar paralleliſirt und gleich geſtellt wird,

Digitized by Google

und hiernach auch dieſe erſte Alternative des Beweisſatzes nicht wohl anders gemeint ſein kann, als daß es ſich dabei um eine Zahlung handele, die der klägeriſche Ehemann aus ſeinen eigenen Mitteln geleiſtet habe,

2) daß denn auch das Obergericht in den Entſcheidungsgründen zu ſeinem, auf die beklagtiſche Reviſion erlaſſenen Erkenntniſſe vom 8. April 1865 ausdrücklich erklärt hat, die betreffende Behauptung der Klägerin ſei in dem Sinne, „daß die Zahlung mit dem Gelde des defuncti geſchehen ſei," aufgefaßt worden, und der Beweisſatz verſtehe das Wort „Auszahlen" im rechtlichen Sinne, als causa obligationis, wovon das bloße Ueberbringen und Behändigen des Geldes ſich weſentlich unterſcheide,

nach dieſer ganz im Sinne der beklagtiſchen Intention erfolgten Erläuterung aber jedenfalls kein Grund mehr vorliegt, Beſchwerde darüber zu führen, daß die Worte „aus ſeinen des klägeriſchen Ehemanns Mitteln" nicht ausdrücklich in den Beweisſatz aufgenommen worden ſind;

3) daß Beklagter auch durch die in den Enſcheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniſſe enthaltene Andeutung nicht verletzt iſt: es würde, wenn Klägerin nur das ihrem Ehemanne ertheilte Zahlungsmandat und die in Gemäßheit desſelben von Dieſem bewirkte Zahlung beweiſe, bis auf Weiteres anzunehmen ſein, daß derſelbe die Zahlung aus ſeinen Mitteln bewirkt habe, und hätte ſolchenfalls Beklagter ſeinen Gegenbeweis dahin zu richten, daß er das von ſeinem Sohne (dem klägeriſchen Ehemann) an Vollmann den (Gläubiger des B. Weſſels) überbrachte Geld dem Erſteren zu dieſem Zwecke gegeben habe; dieſe Auffaſſung vielmehr — wie auch vom Ober-Appellationsgericht in wiederholten Entſcheidungen anerkannt worden — ganz der rechtlichen Natur des Mandats und der actio mandati contraria insbeſondere, entſpricht;

4) daß die vom Beklagten ausgeſprochene Beſorgniß, er würde im Falle einer Eidesdelation — da er, nach dem von ihm bereits angegebenen Sachverhalte und bei der generellen

Digitized by Google

Bedeutung der im Beweissatze gebrauchten Ausdrücke, die reine Negative desselben nicht beschwören könne — gezwungen sein, den Eid zu referiren, — dadurch sich beseitigt, daß es dem Beklagten zutreffendenfalls benommen ist, eine präcisere Formulirung des Eides zu beantragen oder zu verlangen, daß demselben eine, dem von ihm erzählten Hergange entsprechende, positive Fassung gegeben werde;

5) daß endlich die der Kosten voriger Instanz wegen geführte Beschwerde nur eine consecutive ist und mit Verwerfung der Beschwerde in der Hauptsache von selbst ihre Erledigung findet;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 8. April 1865, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen. Auch soll dasselbe um Insinuation dieses Erkenntnisses an die Klägerin ersucht werden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. Mai 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Gruner & Rieke zu Bremen, Beklagten jetzt Appellanten, wider H. Ramien zu Elsfleth, Klägern jetzt Appellaten, Frachtcontract betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 25. Februar d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 31. Mai 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretär.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben in gegenwärtiger Instanz die in der vorigen aufgestellten neun Beschwerden, unter Bezugnahme auf
pag. 2. deren frühere Rechtfertigung, wiederholt, und in soweit genügt es zu deren Widerlegung auf die den vorigen Erkenntnissen beigegebenen, im Wesentlichen zutreffenden Gründe zu verweisen. Insbesondere verdienen unter den von dem Obergerichte nicht ausdrücklich genannten Beschwerden, die wiederholter Bemerkungen des Ober-Appellationsgerichts ungeachtet, in Bremen noch fortwährend das Papier füllende neunte Beschwerde als völlig leer so wenig eine Beachtung, wie die nur eine Wiederholung der früheren Beschwerden, theilweise in veränderter Gestalt, enthaltende fünfte und achte Beschwerde, während die siebente, gerichtet auf Kunde von den abseiten Merlano's & Sohn gestellten Frachtbedingungen und deren Nichtablehnung, mindestens vor Unterzeichnung der Charter, dadurch, daß diese nur mit der Clausel a full and complete cargo vollzogen ward, beseitigt ist.

Anlangend dagegen die von dem in jetziger Instanz auf-
pag. 3. getretenen neuen Sachwalt versuchte anderweite Begründung der vierten Beschwerde, mittelst welcher die Beklagten schon durch den Beweis der Aufrechthaltung der ihnen von Merlano übermachten Frachtbedingungen in Ansehung der Größe der Ladung bei Vollziehung der Charter von dem gegnerischen Anspruch befreit sein wollen, so konnte diese Begründung nicht für zutreffend erachtet werden. Denn die Ansicht, in der Uebersendung der von dem Kläger vollzogenen Charter an die Beklagten sei eine Offerte enthalten, und hierauf deren Antwort schriftlich und mündlich erfolgt, Jenes durch die Unterschrift, Dieses durch Festhalten an der Bedingung betreffend die Größe der Ladung, und mithin auch die aus dieser Auffassung gezogenen Folgerungen, stehen mit dem von den Beklagten einge-

Digitized by Google

ſtandenen Hergang bei Abſchluß des Geſchäftes in Widerſpruch. pag. 4.
Wenn der Makler, nachdem er das Geſchäft mit den Parteien „abgeſprochen," d. h. nachdem er deren Einigung durch ſeine Vermittelung herbeizuführen bemüht geweſen iſt, und ſeine Bemühungen für erfolglich hält, die ſchriftliche Ausfertigung des Vertrags ihnen zur Unterſchrift vorlegt, dieſe von der einen Partei beſchafft, und ſodann von der anderen, nach anfänglichen Sträuben, ebenfalls vollzogen wird, ſo liegt hierin der endliche Abſchluß des Vertrages. Sind daher bei der Unterſchrift in den ſchriftlichen Vertrag nicht aufgenommene anderweite Bedingungen gemacht oder wiederholt, ſo ſuspendiren ſie die durch beiderſeitige Unterſchrift zu Stande gekommene Willenseinigung nicht, und ſind nur dann von rechtlicher Bedeutung, wenn ſie die Zuſtimmung der anderen Partei erhalten haben. Sollte daher die Unterſchrift der Beklagten durch Zuſicherungen des Maklers veranlaßt ſein, welche nicht in Erfüllung gegangen pag. 5.
ſind, ſo ſteht der getäuſchten Partei möglicherweiſe ein Entſchädigungsanſpruch gegen den Makler zu, die Klage aus dem ſchriftlichen Vertrage aber kann nur durch den Beweis einer in Perſon oder durch einen Bevollmächtigten über den Inhalt der die Schrift modificirenden Bedingungen erfolgten Einigung der Parteien beſeitigt werden, d. h. durch den von dem Handelsgerichte den Beklagten nachgelaſſenen, durch die Aufnahme einer in den Verhandlungen erſter Inſtanz nicht ſubſtantiirten ſtillſchweigenden Einigung noch zu günſtigen Beweis.

Zur Beglaubigung

(L. S.) gez. **Rudolf Eckermann**, Dr.,

Sekretar.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Heinrich Rüppel & Sohn in Bremen, Beklagten, jetzt Appellanten, wider Theodor Töbelmann daselbst, Kläger, jetzt Appellaten, Forderung betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 26. October 1863 zwar im Uebrigen zu bestätigen, der dadurch dem Kläger nachgelassene Beweis jedoch dahin zu formuliren sei:

daß Heinrich Rüppel sen. sich dem Kläger gegenüber verpflichtet habe, die Geschäfte, welche sein verstorbener Sohn Heinrich hinter seinem Rücken mit Kläger zusammen gemacht habe, als für Rechnung der beklagtischen Firma contrahirt gelten zu lassen.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden zur Hälfte, compensirt, in die andere Hälfte derselben Beklagte ver-

Digitized by Google

urtheilt; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwieſen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 15. Juni 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,

Sekretar.

Entſcheidungsgründe.

Das Handelsgericht hat im Deciſum 2 ſeines Erkenntniſſes vom 8. Januar 1863 zu dem Poſten 1—4 des Contocourant [3] der Handelsgerichts-Acten dem Kläger sub a. b. und c. den Beweis auferlegt, daß er die betreffenden Geſchäfte gemeinſchaftlich (in den bei den ein- pag. 2. zelnen Poſten näher angegebenen Verhältniſſen) mit der beklagtiſchen Firma gemacht habe und dieſelben den von ihm berechneten Verluſt ergeben haben, sub d aber den weiteren Beweis, daß oder wie weit er, Kläger, dieſen Verluſt durch Zahlung reſp. Ceſſion gedeckt habe. — Vom Obergerichte iſt es bei dieſen Beweiſen belaſſen, dem Kläger jedoch, „neben dem im deciso sub 2. a. b. c. nachgelaſſenen Beweiſe, daß er die sub Poſten 1, 2, 3, 4 in [3] act. pr. inst. gedachten Geſchäfte in Gemeinſchaft mit der beklagtiſchen Firma gemacht habe," auch noch alternative der Beweis freigelaſſen worden:

> daß der Inhaber der beklagtiſchen Firma, Heinrich Rüppel senr., nachdem ihm mitgetheilt worden, ſein verſtorbener Sohn Heinr. Rüppel junr. habe die pag. 4. unter Poſten 1—4 p. verzeichneten Geſchäfte gemeinſchaftlich mit dem Kläger gemacht, dem Kläger gegen-

Digitized by Google

über, dem Buchhalter Schlingmann den Auftrag ertheilt habe, alle Geschäfte, die sein Sohn hinter seinem Rücken mit dem Kläger zusammen gemacht habe, für Rechnung der Firma mit dem Kläger zu ordnen.

Dagegen fordern Beklagte mittelst ihrer beiden in gegenwärtiger Instanz aufgestellten Beschwerden

principaliter die gänzliche Beseitigung der vom Obergerichte hinzugefügten Beweisalternative,

eventualiter Erstreckung derselben dahin, daß Kläger auch noch darzuthun verpflichtet werde, Rüppel senr. habe bei Er-
pag. 4. theilung des fraglichen Auftrages an Schlingmann die Absicht gehabt, die von seinem Sohne eingegangenen Verpflichtungen Namens der Firma zu übernehmen und Kläger habe diese Willenserklärung angenommen.

Nach dem hervorgehobenen Wortlaute des obergerichtlichen Decisums gewinnt es den Anschein, als ob Kläger, wenn er den ihm zu Beweis verstellten Hergang darzuthun vermag, auch von dem Beweise, daß er die fraglichen Geschäfte überhaupt in Gemeinschaft mit Heinrich Rüppel junr. gemacht habe, entbunden sein solle. Dies ist aber offenbar nicht die Intention des Obergerichts, die Meinung ausweislich der Entscheidungsgründe, vielmehr nur die, daß durch den von ihm nachgelassenen Beweis die Passiv-Legitimation hergestellt
pag. 5. werden könne, indem auch, wenn Heinr. Rüppel jun. die betreffenden Geschäfte nicht als Vertreter der Firma Heinrich Rüppel & Sohn gemacht haben sollte, diese doch durch jene nachträgliche Verhandlung des Klägers mit dem Inhaber der beklagtischen Handlung, Rüppel sen., und den von diesem seinem Buchhalter ertheilten Auftrag ebenso verpflichtet werde, wie wenn von vorne herein in ihrem Namen contrahirt worden wäre. Dem Kläger für den Fall der Erbringung der in zweiter Instanz hinzugefügten Beweisalternative auch den Beweis zu erlassen, daß, und mit welchem Erfolge er die fraglichen Geschäfte in Gemeinschaft mit Heinr. Rüppel jun.

Digitized by Google

gemacht habe, kann die Absicht des Obergerichts nicht gewesen sein, da der in Frage stehende Auftrag des Rüppel sen. an Schlingmann den Sinn überall nicht haben kann, daß Jener ohne Weiteres alle behaupteten Geschäfte als wirklich gemacht und als wirklich in dem behaupteten Maaße Verlust bringend auf Rechnung der Firma nehmen wolle; in der Anweisung, die Geschäfte für Rechnung der Firma „zu ordnen" vielmehr offenbar der Vorbehalt einer Prüfung der Richtigkeit der vom Kläger über dieselben gemachten Angaben liegt. pag. 6.

Anlangend nun die Beschwerden der Beklagten, so muß diesen allerdings

A. darin beigetreten werden, daß dem in Rede stehenden Hergange die vom Obergerichte ihm beigemessene Wirkung nur dann zukommen kann, wenn mittelst desselben ein Vertrag zwischen Rüppel sen. und dem Kläger zu Stande gekommen ist, vermöge dessen Ersterer, dem Letzteren gegenüber, sich verpflichtet hat, die fraglichen Geschäfte, sofern sie wirklich von seinem Sohne eingegangen worden, so gelten und behandeln zu lassen, als seien sie von demselben in Vertretung der beklagtischen Firma eingegangen worden. Irrelevant würde es insbesondere pag. 7.

1) sein, wenn Rüppel sen. nur dem Buchhalter Schlingmann gegenüber die Intention kund gegeben haben sollte, die Verbindlichkeiten seines Sohnes auch aus solchen Geschäften, die derselbe nicht Namens der Firma abgeschlossen, zu übernehmen, da Schlingmann nicht Repräsentant des Klägers war. Ebensowenig würde

2) der angeblich von Rüppel sen. dem Schlingmann ertheilte Auftrag als solcher (auch wenn man darin, mit dem Obergerichte, findet, daß die Geschäfte als für die Societät geschlossen, für Rechnung derselben gehend angenommen werden sollten) genügen, um eine Verpflichtung des Auftraggebers gegen den Dritten, mit welchem jene Geschäfte geordnet werden sollten, zu erzeugen. Hätte freilich Schlingmann in Befolgung jenes Auftrags, dem Kläger gegenüber, einen Aner- pag. 8.

Digitized by Google

erkennungs- oder Verpflichtungs-Act vorgenommen, so würde der Inhaber der beklagtischen Firma an diese Handlung seines Mandatars gebunden sein. Ein derartiger Act ist indessen — worauf schon das Handelsgericht hingewiesen hat — klägerischerseits gar nicht behauptet worden.

3) Könnte man in der Behauptung, die replicando vom Kläger vorgebracht und fast wörtlich in den Beweissatz des Obergerichts übergangen ist, finden, daß Rüppel sen. als
pag. 9. richtig zugestanden habe, jene hinter seinem Rücken von seinem Sohne geschlossenen Geschäfte seien für die beklagtische Firma gemacht worden, so würde doch auch hierdurch die obergerichtliche Beweisnachlassung noch nicht gerechtfertigt sein. Es würde vielmehr dem Kläger überlassen bleiben müssen, dieses angeblichen Geständnisses zum Zwecke der Erbringung des vom Handelsgerichte ihm auferlegten Beweises sich zu bedienen.

4) Wenn dagegen in dem fraglichen Vorgange das liegt, daß Kläger und Rüppel sen. unter einander einig geworden, die von Rüppel jun. geschlossenen Geschäfte so zu behandeln, als seien sie Namens der beklagtischen Firma eingegangen worden, so genügt dies zur Verpflichtung der Letzteren aus diesen Geschäften, insoweit überhaupt eine Verbindlichkeit für Heinr.
pag. 10. Rüppel jun. daraus hervorgegangen ist, ohne daß es im Näheren darauf ankommt, ob Rüppel sen. bei diesem Uebereinkommen die Absicht hatte, eine bereits bestehende Verpflichtung seiner Firma anzuerkennen oder eine fremde Schuld für dieselbe zu übernehmen, oder endlich nur die Zweifel, die in dieser Beziehung obwalteten, durch Constituirung einer selbstständigen Verbindlichkeit zu beseitigen.

B. Betrachtet man nun das betreffende klägerische Vorbringen in seinem Zusammenhange, so sind demselben allerdings, wenn auch nur nothdürftig, diejenigen Momente zu entnehmen, wodurch ein Uebereinkommen des hier bezeichneten Inhaltes bedingt ist.

1) In der Behauptung des Klägers liegt, daß er sich nach dem Tode von Heinr. Rüppel jun. wegen Ordnung der mit

Digitized by Google

diesem gemachten Geschäfte, in Begleitung seines früheren Associe's Peltzer, persönlich an Rüppel sen. gewendet, und dieser in Anlaß dessen, noch in Gegenwart jener Beiden, mündlich und zu deren Gehör seinem Buchhalter Schlingmann den bezeichneten Auftrag ertheilt habe. Nach der Fassung des Handelsgerichts-Protocolls (p. 6. 7. 8.) könnte dies noch einigermaßen dunkel erscheinen. In beiden höheren Instanzen sind alle Zweifel durch die bestimmten Angaben des Klägers beseitigt.

O.-Ger.-Act p. 7.
O.-A.-Ger. [11] p. 6.

2) Wenn Kläger anführt, er habe Rüppel sen. Mittheilung über die Geschäfte gemacht, aus denen er jetzt Ansprüche herleite, so liegt darin, daß diese Mittheilungen in eben dem Sinne gemacht worden, in welchem Kläger jetzt jene Ansprüche principaliter begründet hat: daß nämlich die fraglichen Ge- pag. 12.
schäfte von Rüppel jun. in seiner Eigenschaft als Associé der beklagtischen Firma gemacht worden seien, und diese dafür zu haften habe.

3) Hat nun in Anlaß einer derartigen mündlichen Mittheilung des Klägers Rüppel sen. sich an seinen ebenfalls anwesenden Buchhalter gewendet und diesen beauftragt, „alle Geschäfte, die sein Sohn hinter seinem Rücken mit Jenem zusammen gemacht habe, für Rechnung der Firma zu ordnen," so muß hierin zugleich eine dem Kläger gegenüber abgegebene Erklärung, eine wenigstens indirecte und thatsächliche Beantwortung seiner Ansprache gefunden werden, welche — die Relevanz des an den Buchhalter ertheilten Auftrags vorausgesetzt — vollkommen geeignet war, den Consens Rüppel's in das pag. 13.
Verlangen des Klägers kund zu thun, und einer nochmaligen Acceptation von Seiten des Letzteren nicht bedurfte.

4) Anlangend endlich den Inhalt des fraglichen Auftrags, so können, wenn die vorausgegangenen Mittheilungen des Klägers wirklich der Art waren, wie oben sub 2. unterstellt ist, die von Rüppel sen. gebrauchten Worte „für Rechnung

Digitized by Google

der Firma zu ordnen“ (in welcher Beziehung eine Hinweisung auf die obergerichtlichen Entscheidungsgründe genügt) nicht anders als dahin verstanden werden, daß er die Geschäfte, welche sein Sohn mit dem Kläger gemeinschaftlich gemacht, sobald sie als wirklich gemacht sich herausstellen würden, als für die Firma gemacht gelten lassen wolle. Dies war aber eben das, oder jedenfalls ein selbstständiger und wesentlicher
pag. 14. Theil dessen, was Kläger von Rüppel sen. beansprucht hatte.

C. War hiernach dem Obergerichte in Annahme der Relevanz der hier fraglichen Behauptung des Klägers beizustimmen, so mußte es doch bedenklich erscheinen, den von Demselben aufgestellten Beweissatz beizubehalten. Dieser hielt sich rein an den thatsächlichen Hergang, wie ihn der Kläger erzählt, ohne diesen jedoch so zu specialisiren und specialisiren zu können, daß derselbe schon seinem äußeren Verlaufe nach nothwendig den Consens beider Theile über den Punct, auf welchen es hier ankommt, in sich schließt. Ob durch den von Rüppel sen. seinem Buchhalter ertheilten Auftrag ein Uebereinkommen des mehrgedachten Inhaltes perfect geworden ist, hängt einerseits von dem speciellen Inhalte der Mittheilung Klägers an Rüppel
pag. 15. sen. und andererseits davon ab, ob jener Auftrag unmittelbar oder doch in solcher Weise an jene Mittheilung sich anschloß, daß er als eine dem Kläger auf dieselbe ertheilte Antwort erscheinen mußte. Das Urtheil darüber, ob überhaupt die Voraussetzungen eines Uebereinkommens vorliegen, hat offenbar auch das Obergericht durch die im Anschluß an die klägerische Sachdarstellung in den Beweissatz aufgenommenen Worte „Klägern gegenüber“ bis nach dem Beweisverfahren offen halten wollen. Es ist aber nicht zu leugnen, daß diese Worte in dem Zusammenhange, worin sie vorkommen, keinen völlig klaren Sinn haben, und mußte es, unter den obwaltenden Umständen überhaupt angemessen erscheinen, statt des vom Obergericht zu Beweis verstellten äußeren Herganges den juristisch relevanten Kern in dem Sinn zum Beweisthema zu machen, daß Kläger
pag. 16. nur jenen Hergang, wie er nach Maaßgabe vorstehender Ent-

Digitized by Google

scheidungsgründe als von ihm behauptet angesehen wird, darzuthun braucht, um den ihm auferlegten Beweis zu erbringen. — Hiernach und in theilweiser Berücksichtigung der beklagtischen Eventualbeschwerde ist der Beweissatz so, wie im Urtheile geschehen, gefaßt worden.

Da diese Aenderung des Obergerichts-Erkenntnisses nicht sowohl auf dessen materiellen Gehalt sich bezieht, als vielmehr nur die Formulirung der ihrem Wesen nach beibehaltenen Beweisnachlassung betrifft, konnte dieselbe auf die vom Obergerichte verfügte Vergleichung der Kosten voriger Instanz keinen Einfluß üben. Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren, da den Beschwerden der Beklagten nur theilweise und in einem untergeordneten Puncte zu deferiren stand, zur Hälfte diesen zur Last zu bringen, und nur die andere Hälfte derselben zu compensiren.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekretar.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Wilhelm Wolff in Firma Wilhelm Wolff & Co. zu Bremen; Beklagtens jetzt Appellanten, wider Arend Bischoff zu Ganspe, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 9. Mai 1864 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß statt der im Erkenntniß des Obergerichts vom 16. November 1863 sub Nr. 1 normirten Beweise Beklagter, Gegenbeweis für den Kläger vorbehältlich zu beweisen habe:

a) daß Kläger hinsichtlich der ihm zukommenden Restzahlung auf einen Gewinn in der 47. Braunschweigischen Lotterie im Betrage von annoch 4340 ℔ 54 ß Gold mit dem Beklagten dahin übereingekommen sei:

1. Beklagter solle an seine damaligen Gehülfen Steinberg und Stern je 1557 1/4 ℔ Gold als ein Geschenk des Klägers auszahlen;

Digitized by Google

2. es sollten dem Kläger zwei von ihm für den Beklagten ausgestellte Wechsel auf resp. 500 ℔ Gold und 424 ℔ Crt. (zusammen auf 885½ ℔ Gold) zurückgegeben werden, und
3. Beklagter solle 340 ℔ 54 ß Gold für sich selbst einbehalten;

sowie

b) daß die sub a. 1. gedachte Zahlung und die sub a. 2. erwähnte Zurückgabe der Wechsel geschehen sei;

worauf in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen solle, was Rechtens.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden zur Hälfte compensirt, in die andere Hälfte dieser Kosten wird der Beklagte verurtheilt; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 13. Juli 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.,
Sekrt.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Nach den Bestimmungen des Plans der Braunschweig-Lüneburgischen Landeslotterie (§ 2 und § 9) durfte Kläger, der das ½ Loos Nr. 19343 der 47. Lotterie aus der Collecte des Beklagten gekauft hat, den darauf in der Ziehung vom 5. November 1859 gefallenen Gewinn nur vom Beklagten fordern, pag. 2. da planmäßig die Auszahlung der Gewinne von den Collecteuren an die Spieler geschieht, und Letztere einen Anspruch auf Gewinnauszahlung durch die Lotterie-Direction nur in dem hier nach der eigenen Darstellung des Beklagten nicht eingetretenen Falle haben, wenn die Collecteure die rechtzeitige Auszahlung der Gewinne verweigern. — Mit vollem Rechte hat daher der Kläger Klage auf Auszahlung des Gewinnstes gegen den Beklagten gerichtet, mit welchem als Collecteur er allein in ein Contractsverhältniß getreten ist und hat treten wollen.

II. Wäre nun der III Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, daß die Einrede der Verjährung verworfen worden und nicht vielmehr zugelassen und für begründet erkannt sei, zu entsprechen, so würde die Abweisung der Klage von pag. 3. selbst folgen, ohne daß es eines weiteren Eingehens auf die Sache bedürfte.

Aber die Beschwerde ist unbegründet. Denn

1) es bestimmt freilich der § 14 des für den Interessenten verbindlichen Lotterieplans, daß alle Loose nicht länger als drei Monate nach dem Datum der Gewinnliste gültig bleiben, auch hat Beklagter schon mit seiner Vernehmlassung den Lotterieplan überreicht, aber er hat excipiendo aus dem allerdings längst eingetretenen Ablaufe der Zeit von drei Monaten überall eine Einrede gegen die Klage nicht entnommen. Läßt sich

Digitized by Google

nun vielleicht noch darüber streiten, ob nicht der Richter, wenn sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers ergiebt, daß der eingeklagte Anspruch durch den Ablauf der gesetzlichen Klagverjährungsfrist erloschen sei, dies ex officio zu berücksichtigen
pag. 4. habe — wiewohl das O. A. Gericht sich früher dahin ausgesprochen hat, daß die Einrede der Verjährung nicht ex officio zu suppliren sei:

in Frankf. Sachen Hoffmann c. Administration der Schnippschen Armenstiftung 1846 —

so ist doch gewiß nicht zu behaupten, daß die officielle Berücksichtigung des Ablaufs eines Zeitraums auch dann eintreten dürfe, wenn die Parteien durch Vertrag von der Beobachtung desselben die Geltendmachung ihrer Ansprüche abhängig gemacht haben; denn es ist lediglich Sache der Contrahenten zu bestimmen, wie weit sie sich ihrer Rechte aus dem Vertrage bedienen wollen.

Mithin mußte Beklagter gegenüber der Klage, welche aus dem auf Grund des fraglichen Lotterieplans abgeschlossenen Kauf eines Looses auf Erfüllung des Contracts (mittelst Aus-
pag. 5. zahlung des Gewinnes) angestellt wurde, rechtzeitig alles Das vorbringen, womit er behaupten zu können meint, daß nach den normirenden Vertragsbestimmungen der Anspruch aus dem Gewinnloose weggefallen, namentlich also auch, daß dasselbe durch Zeitablauf ungültig geworden sei. Dazu genügte nicht die bloße Ueberreichung des Lotterieplans, da der Richter hieraus allein nicht zu entnehmen im Stande war, ob der Beklagte die Verjährungszeit des § 14 für sich als Einrede gegen die Klage benutzen wolle. Ja selbst in der Duplik hat er die angeblich eingetretene Verjährung nicht als selbstständige Einrede geltend gemacht, sondern den durch den Zeitablauf eingetretenen Verlust des Anspruchs aus dem Gewinnlose nur beiläufig bei Vorschützung der Compensation und des Verzichts erwähnt.

vergl. [18] Act. des O. A. Ger. pag. 30 und 35.

2. Und in der That steht dem Beklagten die Einrede der
pag. 6. Verjährung in concreto überall nicht zu.

Digitized by Google

Denn der § 14 des Plans bestimmt ausdrücklich, daß nach Ablauf der 3 Monate der Anspruch aus dem Gewinnloose nur zu Gunsten der Lotterie-Casse wegfallen soll. Der Ablauf dieser Frist kann also nie dahin führen, daß der Collecteur den in seinen Händen verbleibenden Gewinn dem Spieler vorenthalten darf. Vielmehr wird der Käufer des Looses, welcher dasselbe dem Collecteur Zwecks Erhebung des Gewinnes von diesem ausgehändigt hat, also den Weg der Auszahlung des Gewinnes durch die Lotterie-Direction nicht erwählte (§ 10 des Plans), auch nach Ablauf der planmäßigen Frist die Zahlung des Gewinnes, den der Collecteur aus der Lotteriecasse erhoben hat, von diesem mit Grund fordern können, da der Lotterieplan nicht die entfernteste Andeutung davon enthält, daß der Collecteur in solchem Falle den Gewinn lucriren solle. Im Gegentheil ergiebt der § 10 Abs. 2 des Plans, daß auch pag. 7.
bei Versäumung der vorgeschriebenen Fristen ein Anspruch des Spielers gegen seinen Contrahenten bestehen bleibt, indem hier bestimmt wird:

> „Ist das Loos von einem Collecteur genommen und die Anzeige weder bei der Direction noch bei dem Hauptcollecteur (binnen 6 Wochen) geschehen, so fällt auch jeder Anspruch aus dem Loose gegen den Hauptcollecteur hinweg, und es muß sich der Gewinner alsdann lediglich an den Subcollecteur halten, von welchem er das Loos genommen hat."

Dieser ausdrücklichen, die in § 2 des Plans ausgesprochene Haftungspflicht der Hauptcollecteure für die Subcollecteure beschränkenden Bestimmung bedurfte es hinsichtlich der Subcollecteure. Wo aber, wie hier, mit einem Hauptcollecteur contrahirt worden, war es gar nicht nöthig, noch speciell zu bestimmen, pag. 8.
daß seine Verbindlichkeit trotzdem der Spieler sich nicht rechtzeitig an die Lotterie-Direction wandte, fortdauere. Wie dort bei unterlassener Anzeige der Subcollecteur, so bleibt hier der Hauptcollecteur verhaftet. Die Collecteure, welche die Auszahlung der Gewinne aus der Lotteriecasse empfangen und in Händen

Digitized by Google

behalten haben, dürfen sich mithin den Spielern gegenüber auf den § 14 des Plans überall nicht berufen. Sie behalten aber die von der Direction an sie gezahlten Gewinne, wenn sie innerhalb drei Monaten vom Datum der Gewinnliste an gerechnet, die Gewinnloose an die Direction abzuliefern im Stande sind. Der § 14 des Plans hat also nur die Bedeutung, daß der Spieler, wenn er innerhalb 3 Monaten die Erhebung des Gewinnes mittelst Auslieferung des Looses nicht begehrt und
pag. 9. dadurch die Lotterie-Direction in die Lage bringt, den Gewinn nicht auszuzahlen oder denselben vom Collecteur wieder einzuziehen, eine Gewinnauszahlung später nicht mehr beanspruchen darf. In diesem Sinne fällt nach Ablauf von 3 Monaten jeder Anspruch aus dem Loose weg und der Gewinn der Lotterie-Casse anheim.

III. Mit der I. und II. Beschwerde begehrt Beklagter die Abweisung der Klage: primo loco auf Grund der feststehenden Zurückgabe des Gewinnlooses durch den Kläger und der von demselben nach [13] Act. des Obergerichts ausgestellten von ihm anerkannten Quittung, event. nachdem die Echtheit der Quittungen des Klägers in [14] und [16] ibid. anerkannt sein werde, was nach der Meinung des Beklagten inzwischen durch die Erklärungen des Klägers in [32] ibid. geschehen ist.

Beklagter will nämlich aus der Rückgabe des Looses eine
pag. 10. stillschweigende Anerkennung des Klägers, daß er wegen seiner Gewinnforderung gänzlich befriedigt sei, folgern, und führt weiter aus, daß Kläger seine vollständige Befriedigung durch die Ausstellung der Quittungen in [13] [14] und [16] auch ausdrücklich anerkannt habe; wozu noch komme, daß Kläger sich als Schuldner des Beklagten auf beträchtliche Summen bekannt habe, zu einer Zeit, als er von demselben noch einen Lotteriegewinn von über 4000 ℳ wolle zu fordern gehabt haben.

Aber das vom Beklagten Beigebrachte ist zur Begründung der Behauptung, Kläger habe seine vollständige Befriedigung anerkannt, so wie die Thatsachen liegen, nicht genügend, wenn auch allerdings, da Beklagter die factischen Momente, woraus

Digitized by Google

er dieſe Behauptung herleiten will, ſchon in der Vernehmlaſſung angeführt hatte, in der ſpäteren und namentlich in zweiter und dritter Inſtanz verſuchten Geltendmachung derſelben aus dem pag. 11.
Geſichtspunkte eines pactum de non petendo ein neues Vorbringen nicht zu finden iſt. Denn

1. die Ausſtellung der fraglichen Schuldverſchreibungen durch den Kläger wird ſehr wohl daraus erklärlich, daß derſelbe, welcher maſſenhaft Lotterieloose beim Beklagten ſpielte, wenn er ſich zu den Schuldverſchreibungen nicht verſtand, und wenn er den Letzteren auf ſeine Schuld an den Kläger aus dem Lotteriegewinn hätte verweiſen wollen, leicht durch Vorenthaltung der Looſe durch den Beklagten an der Benutzung der vortheilhafteſten Claſſen der Lotterie hätte verhindert werden können.

2. Die Rückgabe des Gewinnlooſes iſt zwar auch nach der eigenen Darſtellung des Klägers

vergl. [17] Act. des Oberger. p. 6 und 7.

nicht gezwungen geſchehen, und an den wirklichen Schuldner pag. 12.
(den Beklagten) erfolgt, da Kläger in ein Verhältniß zur Lotterie-Direction, welche nach dem Lotterieplan in beſchränkter Weiſe die Auszahlung der Gewinne garantirt, nicht hat treten wollen. Aber die Auslieferung des Looſes an den Collecteur, von dem es entnommen iſt, geſchieht häufig gerade in der Erwartung die darauf zu leiſtende Gewinnauszahlung zu empfangen; und was die Hauptſache iſt, die Vermuthung der Befriedigung des Klägers, welche auf die Loosrückgabe gegründet werden könnte, wird durch die ausdrückliche Darlegung des Beklagten über den Grund der Zurückgabe des Looſes entkräftet,

vergl. [11] Act. des Oberger. p. 7.

ſo daß es lediglich ſich nur noch darum handeln kann, ob die Befriedigung des Klägers in der vom Beklagten behaupteten pag. 13.
Weiſe geſchehen iſt oder nicht; denn Beklagter räumt ſelbſt ein, das Loos ſei ihm vom Kläger zurückgegeben, weil dieſer über ſeine Befriedigung wegen des Gewinnes eine Vereinbarung mit dem Beklagten abgeſchloſſen habe, für die Realität der letzteren aber kann aus der Loosrückgabe offenbar nichts gefolgert werden.

Digitized by Google

3. Auch aus der Ausstellung der Quittungen in [13][14] und [16], von denen übrigens der Kläger die beiden letzteren trotz seiner bei Gelegenheit einer Gegendeduction in [32] Act. des Obergerichts p. 13 gemachten Aeußerung noch nicht mit Bestimmtheit anerkannt hat, ist nicht mit Sicherheit zu folgern, Kläger habe sich, gleichviel ob seine Befriedigung vollständig geschehen sei oder nicht, wegen seiner Ge-
pag. 14. winnforderung für befriedigt erklären wollen. Denn die beiden ersteren Quittungen stellen sich nach ihrer ganzen Fassung blos als Beweismittel für eine bestimmte Zahlung dar und wurden nach der eigenen Angabe des Beklagten lediglich zu diesem Zwecke vom Kläger ausgestellt. Die Quittung in [13] vom 7. November 1859 bezieht sich hiernach auf den Vorgang bei der Gewinnauszahlung an diesem Tage, die Quittung in [14] vom 1. December 1859 aber konnte dem Beklagten nothwendig erscheinen, weil inzwischen die Vereinbarung vom 7. November 1859 durch ein späteres Abkommen modificirt war, worüber sich Beklagter in [11] Act. des Obergerichts p. 9 und 10 näher erklärt. Es erscheint daher unzulässig, diesen Urkunden eine über den in ihnen ausgesprochenen Zweck hinausgehende Bedeutung zu geben. Anders möchte an sich die ganz
pag. 15. generell lautende, zwei Jahre später abgegebene Erklärung des Klägers in [16] vom 11. November 1861 aufzufassen sein, worin er bekennt, die auf seine Loose gefallenen Gewinne baar und richtig ausbezahlt erhalten zu haben. Diese Erklärung hat nicht den Zweck, ein Beweismittel für eine bestimmte Zahlung herzustellen; sie könnte immerhin trotz des gewählten Ausdrucks „baar und richtig ausbezahlt“ als eine Anerkennung des Ausstellers angesehen werden, daß er aus Lotteriegewinnen eine Forderung an den Beklagten nicht mehr habe. Aber da Beklagter selbst bemerkt, daß Kläger auch während des Zeitraums vom 1. December 1859 (Datum der Quittung in 14.) bis zum 11 November 1861 Lotterielooſe in bedeutenden Quantitäten von ihm entnommen habe, daß auf einzelne derselben kleinere Gewinne gefallen, die Gewinnlooſe aber vom Kläger

Digitized by Google

nicht zurückgegeben seien und daß die Quittung in [16] namentlich zur Sicherheit des Beklagten wegen dieser kleineren Gewinne ausgestellt worden, pag. 16.

vergl. [11] Act. des Oberger. p. 13.

so wird es sehr zweifelhaft, ob diese letztere Quittung überall auf den Gewinn vom 5. November 1859 zu beziehen ist, zumal die unbestimmte Fassung derselben ganz wohl für kleinere Gewinne geeignet zu sein scheint, schwerlich aber für einen Gewinn von solcher Bedeutung, wie der fragliche. So wie aber dieser Zweifel entsteht, kann die Urkunde in [16] nicht mehr dafür benutzt werden, darzulegen, daß Kläger sich wegen der jetzt eingeklagten Gewinnforderung befriedigt erklärt habe.

IV. Die Sache liegt hiernach so. Beklagter konnte excipiendo sich begnügen, der zugestandenen Klage die Einrede der Baarzahlung zu opponiren und dieselbe durch die Quittungen des Klägers zu begründen und beweislich zu machen, so daß replicando Kläger die Gegenbehauptung hatte aufstellen pag. 17. und beim Läugnen des Beklagten beweisen müssen, es sei trotz der Quittungen die Baarzahluug zu dem eingeklagten Betrage nicht geschehen. Da nun aber Beklagter diese klägerische Behauptung zugeben mußte, so konnte den Kläger ein Beweis nicht mehr treffen, und war Beklagter duplicando genöthigt eine anderweitige Befriedigung desselben als durch Baarzahlung zu behaupten und beim Läugnen des Klägers zu beweisen. Beklagter hat mithin, wenn er diese letztere Behauptung schon vorweg excipiendo mit vorbrachte, nur eine Duplikenbehauptung anticipirt. Es ergiebt sich aber ohne Weiteres, daß der Beweis der anderweitigen Befriedigung des Klägers nicht schon durch die auf eine Befriedigung durch Baarzahlung gehende Quittung vom 7. November 1859, welche bisher allein vom Kläger anerkannt worden, geführt sein kann, zumal Be- pag. 18. klagter selbst anführt, daß die schließlich maaßgebende Vereinbarung über die Befriedigung des Klägers erst nach dem 7. Nov. zu Stande gekommen ist, die späteren Quittungen aber vom Kläger bisher nicht anerkannt sind.

Digitized by Google

Wenn nun auch dem Beklagten frei bleiben muß, sich für die ihm obliegende Beweisführung der sämmtlichen Urkunden in [13] [14] und [16] zu bedienen; so ist doch zugleich klar, daß ihn, und nicht den Kläger, die Beweislast treffen muß, womit sich auch die V. Beschwerde des Beklagten erledigt; und kommt es nur noch darauf an, zu prüfen, welche Thatsachen dem Beklagten zum Beweise aufzulegen sind.

1) Da Kläger auf den ihm zukommenden Lotteriegewinn 20,000 ℔ Gold erhalten zu haben einräumt, so handelt es sich
pag. 19. nur noch um seine Befriedigung wegen des Restes von 4340 ℔ 54 ℋ Gold. Hierauf konnte Beklagter als auswärtiger Collecteur nach § 8 des Lotterieplans das Porto abrechnen, und muß Kläger sich in jedem Falle den Betrag des Porto, der ohne daß er widersprochen hat, vom Beklagten auf 13 ℔ angegeben wird, abrechnen lassen.

2) Beklagter sagt nun

a) Kläger sei wegen der 4340 ℔ 54 ℋ dadurch befriedigt worden, daß am 7. November 1859 vereinbart sei, Beklagter solle an Steinberg und Stern als Geschenk des Klägers je 2000 ℔ auszahlen und den Rest von 340 ℔ 54 ℔ für sich selbst einbehalten, theils als Geschenk, theils als Erstattung der Kosten für sofortige Auszahlung von 20,000 ℔ (Provision 100 ℔, Zinsen $4\frac{1}{2}$ ℔) das Porto von 13 ℔ und anderer kleiner Auslagen.

b) Etwa eine Woche später sei diese Vereinbarung dahin geändert, daß Steinberg und Stern nicht zusammen 4000 ℔ hätten erhalten sollen, sondern daß sie sich verpflichtet hätten,
pag. 20. dem Kläger zwei Wechsel auf zusammen $885\frac{1}{2}$ ℔ Gold, welche dieser an dem Beklagten schuldigte, zurückzugeben, was geschehen sei.

Kläger hat diese Vereinbarungen in Abrede genommen.

3) Beklagter rügt nun zu seiner VI. Beschwerde mit Grund, daß die erste Beweisalternative des obergerichtlichen Erkenntnisses den thatsächlichen Behauptungen nicht völlig entspreche, und daß die zweite Beweisalternative unklar sei.

Digitized by Google

a) Beklagter hat, wie so eben bemerkt worden, eine frühere und eine spätere Vereinbarung von verschiedenem Inhalte behauptet. Bei letzterer soll es geblieben sein. — Insofern nun das Obergericht dem Beklagten auflegt zu beweisen, daß die frühere Vereinbarung die Befriedigung des Klägers herbeigeführt habe, ist er allerdings beschwert; denn diesen Beweis ist pag. 21.
er nach seinen eigenen Anführungen nicht zu erbringen im Stande.

b) Hinsichtlich der zweiten Beweisalternative hat sich zunächst in den Beweissatz der Schreibfehler „auf die Schuld des Klägers an den Beklagten“ eingeschlichen, während es heißen muß „auf die Schuld des Beklagten an den Kläger.“ Außerdem ist die Fassung selbst, namentlich am Schlusse, nicht ganz genau, da Beklagter nicht behauptet hat, daß der ganze Rest von 340 ℳ 54 ℋ ihm als Geschenk oder Renumeration verbleiben solle.

c) Hiernach ist von der Formirung zweier Beweisalternativen ganz abzusehen, und war das Beweisthema so zu fassen, wie es im Urtheile geschehen ist. Dem Beklagten aber war nicht bloß die Vereinbarung über die an Steinberg und Stern gemachten Geschenke zum Beweise aufzulegen, sondern auch, daß pag. 22.
er die geschenkte Summen an dieselben ausgezahlt habe, da er nach seiner unzweideutigen Erklärung in [1] act. jetziger Instanz p. 11 und 12 sich nicht darüber hat beschweren wollen, daß ihm der Beweis der Zahlung an Steinberg und Stern auferlegt worden, sondern nur darüber, daß er die Zahlung in dem Umfange von je 2000 ℳ beweisen solle; wobei übrigens zu bemerken ist, daß es der beklagtischen Beweisführung nicht präjudiciren kann, wenn seine genannten damaligen Gehülfen ihm gegenüber contractlich verpflichtet waren, ihm selbst einen Theil der ihnen bei Gelegenheit von Lotteriegeschäften in der Collecte des Beklagten gemachten Geschenke wieder herauszugeben.

d) Für die Fassung des Beweisthema konnte es nur darauf ankommen, die schließliche Vereinbarung, wie Beklagter sie behauptet hat, zum Beweise zu verstellen. Dem Beklagten aber ist es unbenommen, bei Gelegenheit seiner Beweisführung pag. 23.
die einzelnen Thatsachen, welche nach und nach zu der endlichen

Digitized by Google

Vereinbarung hingeführt haben, beweislich zu machen. Auch das ist noch hervorzuheben, daß selbst eine theilweise Erbringung des Beweises zur Abminderung des vom Kläger geforderten Betrages hinführen kann. Die Bremische Verordnung vom 10. April 1823 (wegen der Lotterien) steht diesem nicht hinsichtlich der 424 ℔ für Einsätze in der 49. Braunschweigischen Lotterie (worin der eigentliche Gewinn fiel) entgegen, aber auch nicht hinsichtlich des Wechsels von 500 ℔ Gold für Hamburger Lotterielooſe. Denn wenn in der genannten Verordnung Nr. 6 e bestimmt wird, daß bei Auszahlung von Gewinnen die Collecteure allein die creditirten Einsatzgelder der Lotterie, worin der Gewinn gefallen, dem Spieler in Abrechnung bringen dürfen, so
pag. 24. ist damit ein Abzug anderer Posten wider den Willen der Spieler zwar ausgeschlossen, nicht aber die Vereinbarung zwischen dem Collecteur und dem Spieler, daß bei Auszahlung eines Gewinnes auch andere Schuldverhältnisse Gegenstand der Abrechnung werden sollen, was hier gerade vom Beklagten behauptet wird.

Durch diese Bemerkung findet zugleich die IV. Beschwerde des Beklagten eine angemessene Berücksichtigung.

V. Da die VIII. generelle Beschwerde einen selbstständigen Inhalt nicht hat, so erübrigt noch die VII. Beschwerde, mit welcher Beklagter begehrt, daß seinen übrigen Einreden mehr als geschehen Rechnung getragen werde. Diese Beschwerde kann in Beihalt der obigen Ausführungen und der Erklärung des Beklagten in [8] act. des O. A. Gerichts (daß er die
pag. 25. Compensationseinrede in Betreff einer Gegenforderung an den Kläger von 2400 ℔ aus Hypothekenschein aufgebe) bloß noch bezogen werden auf die Einrede der Compensation mit einer Forderung von 141 ℔ 21 Sgr. nebst Zinsen aus creditirten Einsatzgeldern für Looſe der 237. Hamburger Lotterie. Diese Compensation aber, rücksichtlich deren vom Beklagten nicht behauptet wird, daß sie durch Vereinbarung mit dem Kläger seiner Gewinnforderung gegenüber zulässig geworden, ist in Gemäßheit der Bestimmung Nr. 6. e. der Verordnung vom 10.

Digitized by Google

April 1823 mit Recht zum besonderen Verfahren verwiesen worden, und ist daher die Beschwerde unbegründet.

VI. Da das angefochtene Erkenntniß theilweise zu bestätigen, theilweise zu reformiren war, so waren die Kosten zweiter und dritter Instanz zur Hälfte zu compensiren, in die andere Hälfte dieser Kosten war der Beklagte zu verurtheilen.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen des Staatsanwalts in Civilsachen zu Bremen, in Vertretung der dortigen Convoye-Deputation, Beklagter jetzt Appellantin, wider Anton Gerhard Hauschildt daselbst, Klägern, jetzt Appellaten, Forderung für Bau-Arbeiten betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 4. Februar d. J. zu bestätigen, auch die Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 9. September 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Beklagte hat

I. unter der Bezeichnung 1 und 2 zweimal dieselbe Beschwerde aufgestellt, nämlich: pag. 2.

> daß nicht das Obergericht in revisorio die erhobene Klage — soweit sie nicht durch Zahlung des unbestrittenen Belaufes der klägerischen Forderung schon ihre Erledigung gefunden hatte — refusis expensis abgewiesen habe.

Diese Beschwerde ist

1) auf den Inhalt des § 15 des zwischen den Parteien geschlossenen Bau-Contracts gestützt, dahin lautend:

> „Die Zahlung des (für die klägerischen Leistungen) stipulirten Betrages erfolgt nach vollendeter untadelhaft befundener und abgenommener Arbeit. — Die Convoye-Deputation behält sich indessen vor, für schlecht befundene Arbeiten verhältnißmäßige Abzüge von der bedungenen Aversional- pag. 3.
> summe zu machen, welche (Abzüge) der Annehmer sich unweigerlich gefallen lassen muß;"

und zwar sucht die Beklagte aus diesem § für sich das Recht abzuleiten, dem Kläger auf dessen zum Betrage von ℳ 3384 48 ℳ erhobene Forderung, wegen zufolge ihrer Behauptung mangelhafter Ausführung eines Theils der in Rede stehenden Bauarbeiten einen gewissen, nach ihrseitigem endgültig entscheidenden Ermessen zu bestimmenden Abzug (von ℳ 634. 60 ℳ eventuell von ℳ 575. 44 ℳ) zu machen.

Die früheren Richter sind dem Kläger darin beigetreten, wenn er es bestritten hat, daß er sich in vorgedachter Weise

Digitized by Google

den Ansichten und der Willensbestimmung der Beklagten, seiner Mitcontrahentin, ohne dawider rechtliche Entscheidung nachsuchen zu dürfen, unterwerfen müsse; sie haben demgemäß dem Kläger
pag. 4. die den Umständen entsprechende, auch abgesehen von dem jetzt vorliegenden Streitpunkt beklagtischerseits nicht angefochtene Beweisauflage in Betreff seiner Berechtigung, den gesammten geforderten Belauf in Anspruch zu nehmen, gemacht. Hiergegen hat die Beklagte die oben angegebene Beschwerde erhoben, welche indessen nicht für begründet geachtet werden kann.

Müßte die Bestimmung des § 15 in der vorstehend angegebenen Weise, wie sie von der Beklagten auch noch in gegenwärtiger Instanz geltend gemacht wird, aufgefaßt werden, daß nämlich ihr alleiniges Ermessen in Betreff der Beurtheilung der von dem Kläger gemachten Leistungen und eventuell der ihm wegen etwaiger Mängel zu machenden Abzüge zu entscheiden habe, so würde sie als rechtlich unwirksam zu behandeln sein.
pag. 5. Es ist unthunlich, contractliche Leistungen, sei es ihrer Existenz, sei es ihrer Beschaffenheit oder ihrem Umfange nach, von der einseitigen Willensbestimmung des Promittenten resp. insofern es auf die Beurtheilung der Leistung des anderen Theils ankommt, des Promissars abhängig zu machen, und wo eine Bestimmung dieser Art getroffen worden ist, darf ihr keine Gültigkeit beigelegt werden.

L. 7. pr. Dig. de contr. emt. 18, 1.
L. 25. pr. Dig. locati 19, 2.
L. 75—79. Dig. pro socio. 17, 2.
L. 17. 46. § 2; 108, § 1; 115 pr. Dig. de Verb. Oblig. 45, 1.
L. 15. Cod. de contr. emt. 4, 38.
L. 1. Cod. de dotis prom. 5, 11.

Freilich ist ein Contract des Inhalts den Umständen nach für wirksam zu halten, wenn die nähere Bestimmung einer von den Contrahenten im Allgemeinen verabredeten Leistung dem
pag. 6. billigen Ermessen eines gewissen Dritten überlassen worden ist; allein wenn etwa der Dritte die von ihm verlangte Bestimmung nicht treffen könnte oder wollte, so ist auch dann der Contract unwirksam,

L. 75. pr. L. 75, L. 1. Cod. cit.,

Digitized by Google

wie denn die in einem solchen Falle von dem Dritten ausgehende Bestimmung im Falle der Ungerechtigkeit oder unzweifelhaften Unbilligkeit einer Anfechtung unterzogen werden darf.

L. 23. pr. L. 79. cit.

Die im Vorstehenden angegebenen Grundsätze haben auch nicht etwa im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit verloren, sie sind vielmehr in der Rechtsprechung des Ober-Appellationsgerichts, wie nicht minder in derjenigen anderer höchsten Gerichte anerkannt worden,

z. B. Zamboni c. Tesdorpff Erben, Lüb. 1829.
Horstmann c. Sanders. Brem. 1842.
Fedder Carstens Nachf. c. Braneker. Hamb. 1842. pag. 7.
Oberger. zu Wolfenbüttel 1859. (Seuffer Bd. 13. S. 307.)
Obertribunal zu Stuttgart 1862. (Daſ. Bd. 15. S. 352.)

Daß Verwaltungsbehörden im Allgemeinen, oder insbesondere Verwaltungsbehörden des Bremischen Staats, da wo sie, wie bei der vorliegenden Angelegenheit der Fall ist, unter der Herrschaft des Privatrechts contrahiren, von dem hier in Rede stehenden Grundsatze eximirt seien, läßt sich nicht behaupten.

Dem § 15 ist indessen das Verständniß, welches, wie vorbemerkt, die Beklagte als vorhanden geltend macht, schwerlich beizulegen, vielmehr darf man annehmen, daß hier einer der Fälle vorliegt, in welchen Contrahenten die Bestimmung einzelner Contractspunkte oder die Beurtheilung gewisser contractlicher Leistungen dem billigen Ermessen eines von ihnen selbst pag. 8. anheimstellen, was nach den Gesetzen wirksamer Weise geschehen kann, so daß hier nicht Unverbindlichkeit der in Rede stehenden Stipulation, sondern die Berechtigung der Beklagten, das arbitrium boni viri selbst auszuüben, als vereinbart anzusehen ist,

arg. L. 24. pr. Dig. locati 19, 2.
L. 77. Dig. pro socio 17, 2.
L. 3. Cod. de dotis promiss, 5, 11.
L. 75. Dig. de legatis I.
L. 11. § 7. Dig. de legatis III.

Selbstverständlich ist aber dem Ergebnisse einer solchen

dem einen Contrahenten eingeräumten Befugniß zur Ausübung des arbitrium boni viri keine größere Wirksamkeit beizulegen, als eine solche in dem Falle eintritt, wenn ein Dritter zum bonus vir bestellt worden ist, wie oben angeführt worden, die Unrichtigkeit und resp. Unbilligkeit des Ausspruches vor dem
pag. 9. ordentlichen Richter angefochten werden kann. Und daß hier nicht etwa der Fall einer eigentlich schiedsrichterlichen Entscheidung in Frage steht, welcher „sive aequa sit, sive iniqua", Folge geleistet werden müßte, leuchtet von selbst ein.

L. 76. Dig. pro socio 17, 2.
L. 27. § 2. L. 51. Dig. de receptis, 4, 8.

2) Die Berufung der Beklagten auf den § 13 des Bau-Contractes ist nicht minder ungeeignet, die Beschwerde derselben begründet erscheinen zu lassen.

Jener § enthält die Bestimmung, daß, wenn der Kläger die fraglichen Arbeiten nicht nach dem Urtheile des Bau-Directors Berg contractmäßig ausführen würde, die Beklagte ermächtigt sein solle, das Fehlende oder ungehörig Gelieferte durch einen anderen Uebernehmer ausführen zu lassen. — Gesetzt nun, die Beklagte wäre in der Lage gewesen, von diesem Rechte Gebrauch machen zu können und sie hätte davon dem Contracte
pag. 10. gemäß Gebrauch gemacht, (welches Beides übrigens von dem Kläger bestritten wird), so würde doch daraus nur das folgern, daß die Beklagte berechtigt gewesen sein würde, unter der Voraussetzung, daß der Kläger nicht etwa eine Iniquität des von dem Berg ausgegangenen gutachtlichen Ausspruches hätte behaupten und nachweisen können, dem Kläger denjenigen Belauf in Rechnung zu bringen, den sie ordentlicher Weise für eine anderweitige Ausführung der qu. Arbeiten zu verausgaben gehabt und wirklich verausgabt hätte. Und zwar würde sie sich hierüber auszuweisen haben. Das Recht, nach eigenem, eventuell nach des Baudirector Berg — der, worauf es freilich hier nicht ankommt, im Verhältniß zur vorliegenden Angelegenheit als der Beklagten angehörig und deshalb beziehungsweise mit ihr
pag. 11. identisch zu behandeln sein würde — Ermessen dem Kläger

Digitized by Google

einen von Diesem ohne Weiteres anzuerkennenden Abzugsbelauf zu kürzen, kann dadurch nicht begründet werden.

II. Die dritte Beschwerde (materiell die zweite), daß nicht eventuell der Beklagten der Beweis aufgelegt worden sei, die Summe von 578 ℳ 34 ℳ aufgewendet zu haben, um das in Rede stehende Bollwerk in einer nach dem Urtheile des Baudirector Berg den Contract entsprechenden Weise herstellen zu lassen, ist formell unstatthaft, weil die Beklagte dieselbe in zweiter Instanz nicht aufgestellt hat. Freilich stand es der Beklagten frei, den Versuch zu machen, die Beschwerden 1 bis 3 zweiter Instanz, daß nicht der in Rede stehende Abzug ohne Weiteres für begründet erklärt worden sei, in jetziger Instanz auch durch die Berufung auf den Artikel 13 des Contracts zu stützen, während sie früher hiefür wesentlich nur auf den § 15 sich berufen hatte; allein unzulässig ist es, wenn sie aus dem pag. 12.
§ 13 andere Folgerungen abzuleiten und demselben die Veranlassung zu einer neuen früher nicht aufgestellten Beschwerde zu entnehmen versucht. — Eventuell würde die Beschwerde indessen auch materiell unbegründet sein, da der Beklagten in dem Punkte, worauf es ihr bei derselben eigentlich ankommt, daß nämlich das Ermessen des Baudirectors Berg endgültig und ohne die Befugniß des Klägers, die richterliche Entscheidung anzurufen, durchgreifend sein sollte, zufolge des oben Ausgeführten nicht beigestimmt werden kann. Abgesehen von diesem Punkte enthält aber die Entscheidung des Obergerichts Nichts, was die Beklagte hinderte, von den in der Beschwerde angegebenen Umständen im Beweisverfahren so weit wie thunlich Gebrauch zu machen.

Hiernach mußte das angefochtene Erkenntniß des Ober- pag. 13
gerichts, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz, bestätigt werden.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Dr. Georg Thomas Setzer als Curators des Nachlasses von Heinrich Christoph Schröter, jetzt Gemma Augustus Kempermann in väterlicher Gewalt von Rudolp Kempermann in Bremen, Klägers jetzt Appellanten, wider Hinrich Ehlers daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend,

erkennt das Oberappellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschiebt, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 4. März d. J. zu bestätigen, auch der Kläger in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zum weiteren Verhfaren zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 18. September 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Den vorigen Richtern war in der Beurtheilung des beklagtischen Beweises schon auf dem Grunde der Aussagen der Zeugen Kücker und Dege, in Verbindung mit den aus der Gesammtheit des Sachverhältnisses zu Gunsten des Beklagten sich ergebenden Vermuthungen, beizutreten. Hiernach war es pag. 2.

1. unerheblich, daß der Aussage der Zeugin Brandt gar kein Werth beizulegen ist. Erschien die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin schon einigermaßen gemindert, weil sie vor wenigen Jahren wegen Diebstahls und Unzucht in eine achtmonatliche Gefängnißstrafe verurtheilt worden ist,

Acta adjuncta: Erkenntniß des Oldenburgischen Obergerichts vom 24. Mai 1860.

und weil sie in der wegen Unrechtfertigkeiten in Betreff des Schröterschen Nachlasses zu Bremen geführten Criminal-Unter- pag. 3.
suchung das Gegentheil dessen ausgesagt hat, was von ihr im vorliegenden Processe deponirt worden ist.

Criminal-Acten Prot. pag. 35 „sie habe nicht gesehen, daß Ehlers dem Schröter Geld ausbezahlt habe"

so verliert ihre gegenwärtig vorliegende Deposition deshalb alle Bedeutung; weil die darin angegebenen näheren Umstände des in Rede stehenden Hergangs im Widerspruche mit den eigenen Angaben des Beklagten stehen. Es ist gewiß, daß dem Letzteren die 400 ℛ, welche er für Schröter auf der Obergerichts-Canzlei erhoben hat, dort in vier Bankscheinen von je 100 ℛ ausgekehrt worden sind, und von ihm niemals anders behauptet worden, als daß er diesen Betrag in denselben dort erhaltenen Werthpapieren dem Schröter überliefert habe.

Deposition des Beklagten in der Criminal-Untersuchung pag. 8/9. pag. 4
O.-A.-Ger.-Acten [12] pag. 12/13.

Wenn diesem Umstande gegenüber die Zeugin Brandt von mehreren hundert Thalern „in Gold- und Silbergeld" redet,

Digitized by Google

welche der Beklagte dem Schröter auf einen Ausziehetisch »hingezählt« habe, und die demnächst von Jenem theils in einen leinenen Beutel, theils in eine Papierdüte geschüttet worden seien, so ist anzunehmen, daß entweder die Zeugin Brandt wissentlich unwahr ausgesagt oder den in Betracht kommenden Vorfall mit einem anderen verwechselt haben muß. In jedem dieser Fälle ist aber ihre Aussage, wie oben bemerkt, eine werthlose.

Es war

2) unnöthig, die Sache auf Grund des vom Kläger in
pag. 5. Beziehung auf den Zeugen Villmer beigebrachten und ohne Grund vom Beklagten als unzulässig angefochtenen Novum — des Schwurgerichts-Erkenntnisses vom 24. März 1865, durch welches Villmer wegen Wechselfälschung und fahrlässigen Bankrotts in eine Zuchthausstrafe von 2 Jahren verurtheilt worden ist — an das Obergericht zurückzuverweisen, wie dies in dem Falle, wenn es auf die Villmer'sche Aussage angekommen wäre, wegen der Relevanz des Novum — da Villmer als Wechselfälscher Mangel an Wahrheitsliebe und moralische Unwürdigkeit bekundet, mithin als Zeuge jede Glaubwürdigkeit eingebüßt haben würde,

Bayer Civilproceß § 246. Ed. 8. S. 808.
O.-A.-Ger.-Erk. in S. Bauer ca. Lemme Curatores 1860.
Frankf. Samml. (Sauerländer) Bd. 5 S. 277.

zufolge § 132 der Ober-Appellations-Gerichtsordnung vorgängig hätte geschehen müssen.

pag. 6. Die Gründe nun, welche, abgesehen von den Aussagen der Brandt und des Villmer, eine Bestätigung des Obergerichts-Erkenntnisses gerechtfertigt erscheinen lassen, sind folgende:

Wie der Beklagte ohne Widerspruch des Klägers behauptet hat und durch die Aussage des unverdächtigen Zeugen Dege

O.-Ger.-Acten [6] pag. 4.

bekräftigt wird, auch dem allgemeinen Inhalte der Untersuchungs-Acten entspricht, nach welchem der verstorbene Schröter als ein geiziger Wucherer erscheint, so hat der Ebengenannte (Schröter) bei der in Rede stehenden Angelegenheit — der Erhebung der

Digitized by Google

400 ℛ, welche aus der Sandersſchen Angelegenheit für ihn, Schröter, auf der Obergerichts-Canzlei deponirt waren — ohne Geneigtheit, anderen Perſonen Vertrauen zu ſchenken, gehandelt. Nach des Dege Ausſage hat er darüber geklagt, wegen Krankheit das Geld nicht ſelbſt holen zu können pag. 7. und gleichwohl das Anerbieten des Zeugen, ihn dabei zu vertreten, zurückgewieſen. Wenn nun ſpäter Schröter den Beklagten mit der Erhebung des Geldes beauftragte, und zwar demſelben am 2. Januar eine ſchriftliche, von dieſem unbeſtritten noch an dem nämlichen Tage benutzbare und benutzte Legitimation zu dieſem Zwecke zuſtellte, ſo lag es nicht nur im Allgemeinen in der Natur des Auftrages, daß der Beklagte das zu erhebende Geld dem Schröter ſofort zu überbringen hatte, ſondern es iſt auch bei der Perſönlichkeit und dem vorangehenden Verhalten des Letzteren anzunehmen, daß dieſer die ſofortige Ueberbringung des Geldes als einen Selbſtverſtand erwartete und das etwanige Ausbleiben deſſelben, eventuell die Nichtzurückgabe der Legitimation, falls nicht das Geld ſelbſt erfolgt ſein ſollte, nicht ruhig ertragen, ſondern den Beklagten mit Nachdruck zur Verantwortung gezogen haben würde. Hiervon liegt indeſſen Nichts pag. 8. in der Behauptung des Beklagten oder in den Ausſagen der Zeugen vor, vielmehr ſind folgende Depoſitionen von großer Erheblichkeit für die Annahme, daß der Beklagte das Geld dem Schröter zu deſſen Zufriedenheit zugeſtellt hat.

1) Die Zeugin Kücker — deren perſönliche Glaubwürdigkeit deshalb, weil ſie in eine Unterſuchung verwickelt geweſen, jedoch durch die Anklagekammer außer Verfolgung geſtellt worden iſt, nicht verringert erſcheint — hat deponirt, daß der Beklagte kurze Zeit nach Neujahr 1864 bei Schröter geweſen ſei — die Erhebung des Geldes hat, wie bemerkt, am 2. Januar jenes Jahres Statt gefunden — und Schröter nicht nur freundlich gegen ihn, den Beklagten ſich erwieſen, ſondern auch bei ihm ſich bedankt habe „den Weg für ihn gemacht zu haben.“ Dies kann den Umſtänden nach nur als eine Zufriedenheitserklärung des Schröter mit der Ausführung des dem Beklagten ertheilten pag. 9.

Digitized by Google

Auftrages, also als eine Anerkennung, daß das Geld ihm, dem Schröter, zugekommen sei, aufgefaßt werden.

Ferner hat die Kücker ausgesagt: Schröter habe von „einem Wege nach dem Rathhause“ gesprochen, den der Beklagte für ihn gemacht, und der Zeugin erzählt, der Beklagte habe „Papiere für ihn von dem Rathhause geholt“, unter welchen „Papieren“ Schröter sehr wohl die Bankscheine verstanden haben kann. — Ueberdies liegt von einer zweimaligen beklagtischen Besorgung Schröterscher Angelegenheiten auf dem Rathhause Nichts vor.

2) Der Zeuge Dege deponirt, und zwar aus einer Zeit, nachdem Schröter dem Beklagten den fraglichen Auftrag gegeben hatte („Schröter erzählte, er habe dem Ehlers den Auftrag gegeben ꝛc.), daß der Ebengenannte mit ihm über das Encassiren des Geldes und den deshalb dem Beklagten ertheilten
pag. 10. Auftrag sich unterhalten habe, ohne daß Jener irgendwelche Unzufriedenheit, sei es damals, sei es bei dem bezeugten späteren Zusammenkommen des Zeugen mit ihm bekundet hätte. — Mit Recht hat zufolge des Vorstehenden das Obergericht in revisorio auf diesen Umstand ein erhebliches Gewicht gelegt. Es kommt hinzu, daß Schröter unbestritten dem Schuldner Sanders den Wechsel über 400 ℛ, welchen er diesem nach Berichtigung des in Rede stehenden Schuldbelaufes auszuhändigen hatte, und zwar durch den Beklagten, hat zustellen lassen. Aus dieser Thatsache ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu folgern, daß Schröter schon vorher das Geld empfangen haben wird. Konnte freilich, wie der Kläger richtig bemerkt, nach gerichtlicher Deposition des Schuldbetrages für Schröter, Sanders Auslieferung des Wechsels rechtlich selbst dann fordern, wenn
pag. 11. Schröter das Geld noch nicht hatte erheben lassen oder erhalten hatte, so liegt doch von einem darauf gerichteten Antrage des Sanders Nichts vor und der freiwilligen Uebersendung des Wechsels seitens des Schröter an ihn, überdies durch den Beklagten, welcher erst am 2. Januar von Diesem in der Angelegenheit beauftragt wurde, ist deshalb, zumal in Betracht der

Digitized by Google

oben bezeichneten Persönlichkeit des Schröter, Erheblichkeit zu Gunsten des Beklagten beizulegen.

Gegenbeweis ist von dem Kläger überhaupt nicht versucht worden. Der von ihm geltend gemachte Umstand, daß der Geldeingang, wenn er erfolgt wäre, muthmaßlich von Schröter gebucht worden sein würde, jedoch gebucht nicht vorgefunden worden sei, ist bedeutungslos. Die klägerische Partei hat die Vernichtung der Buchaufzeichnungen der betreffenden Zeit wiederholt behauptet. — Ebensowenig kann es auf die Andeutung des Klägers ankommen, der Beklagte möge die 400 ℳ von Schröter als Darlehn erhalten haben. Wäre dies geschehen, so würde pag. 12. dem Letzteren das Geld rechtlich zugekommen sein, denn nur in diesem Falle hätte der Beklagte Darlehnsschuldner des Schröter für diesen Belauf werden können. Die actio mandati des Klägers wäre jedenfalls verwerflich gewesen.

Bei dem im Vorliegenden dargelegten Ergebnisse der beklagtischen Beweisführung bedurfte es der von der einen und anderen Seite beantragten Acten-Requisitionen nicht, und war confirmatorisch, sowie auf Verurtheilung des Klägers in die Kosten der gegenwärtigen Instanz, zu sprechen.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Anton Gerhard Hauschildt zu Bremen, Beklagtens jetzt Appellantens, wider Martin Wilhelm Eduard Gildemeister daselbst, Klägern jetzt Appellaten, Grenzstreitigkeiten betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 19. September 1864 ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei; und wird die Sache nunmehr an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 23. October 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann,** Dr.
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Appellation mußte wegen fehlender Appellationssumme
pag. 2. als unstatthaft verworfen werden.

Beklagter berechnet selbst den Werth des Terrains, woran dem Kläger durch die bisherigen Erkenntnisse der Besitz zugesprochen, für den letzteren auf einen Groten und ist dieser Werth jedenfalls ein sehr geringfügiger, auch wenn es sich um eine Grenzüberschreitung in dem vom Kläger behaupteten Umfange handeln sollte.

Für den Beklagten steht freilich nicht blos der Werth des fraglichen Terrains zur Frage, sondern, worauf er in den Exceptionalen und in der Duplik aufmerksam macht, es sind außerdem die für den einstweilen abzubrechenden Theil des neuerbauten Bollwerks aufgewendeten Baukosten, sowie die Kosten des Abbruchs und in Verbindung damit der Reparatur des Bollwerks zu berücksichtigen. Indessen giebt er selbst die
pag. 3. fraglichen Neubaukosten in den Exceptionalen auf nur $8\frac{1}{2}$ ℛ an und ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die Kosten des Abbruchs und der damit zu verbindenden Reparatur des stehenbleibenden Bollwerks sich, wenn sie überhaupt diesen Betrag erreichen sollten, doch nicht viel höher belaufen werden. Hiernach ist die Appellationssumme nicht vorhanden, wenn auf den Werth des Gegenstands der Beschwerden gesehen wird.

Es ist auch die Appellation nicht aus dem Gesichtspunkte für statthaft zu halten, daß es auf den Werth der Beschwerden nicht ankomme, weil es sich um ein Streitobject von unbestimmtem Werthe handele. Diese Voraussetzung ist nämlich trotz des replikarischen Zugeständnisses des Klägers nicht vorhanden, da eine solche Zustimmung des Gegners bedeutungslos

Digitized by Google

ist, wenn der Werth des Streitobjects eine bestimmte Schätzung zuläßt.

Vgl. Kierulf Entscheidungen des O. A. Gerichts zu Lübeck. Jahrgang 1865. Nr. 11. pag. 4.

Dies aber ist vorliegend der Fall; denn sowohl das zur Frage stehende Terrain als auch die aufzuwendenden Baukosten lassen sich genau taxiren. Mithin ist der Gegenstand der Beschwerden, „dessen Werth sich füglich abschätzen läßt", kein unbestimmter im Sinne des § 607 der Bremischen Gerichtsordnung, wie das Ober-Appellationsgericht noch kürzlich in der Sache Haake w. Stürken (Novbr. 1864.) erkannt hat.

Irrelevant für die Berechnung des Werths der im gegenwärtigen Processe erhobenen Appellationsbeschwerden ist endlich auch das Vorbringen des Beklagten, der ihm vom Kläger durch den erhobenen Proceß zugefügte Schade belaufe sich auf sicherlich 1000 ℛ, da er verhindert werde, an der bestrittenen Stelle seines Bollwerks ein Packhaus zu erbauen. Denn Beklagter pag. 5. intendirt gar nicht, dieses Interesse in dem jetzigen Processe geltend zu machen, so daß dasselbe in keinen Zusammenhang mit seinen jetzt aufgestellten Beschwerden gebracht werden darf.

Diesemgemäß ist die Appellation des Beklagten nicht anher erwachsen.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen Dr. Hermann Heinrich Meier zu Bremen, als Concurscurators von Lür Schwartjes in Grambke, Klägers jetzt Appellantens, wider Heinrich August Hoyer in Hoya, Beklagten jetzt Appellaten, Forderung aus Obligationen, jetzt Aufhebung einer ergangenen Verurtheilung betreffend:

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 6. März 1865 wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei, und wird die Sache nunmehr an das Obergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 31. October 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Das vorige Urtheil hat den Beklagten um deswillen freigesprochen, weil der von diesem als Kläger im Vorproceß in pag. 2.
seiner Klagschrift beantragte Executiv-Proceß in dem vorliegenden Falle nicht in seiner Reinheit durchgeführt sei. Diese soll sich in der auf Erklärung über die Echtheit der vorgelegten Urkunden gerichteten Klagebitte kundgeben, während in dem Insinuationsdocument der Beklagte zu einer Erklärung über den Inhalt der Klage geladen sei. Die Auslassung des damaligen Beklagten, er confitire, habe sich daher auf den Inhalt des gegnerischen Anspruchs beziehen müssen, und das Gericht würde die Grenzen seiner erlaubten Amtsthätigkeit überschritten haben, hätte es den damaligen Beklagten nur zu einer Erklärung über die Echtheit der Urkunden auffordern wollen. Allein dieser Auffassung konnte in Beihalt der Entscheidungen des Ober-App.-Gerichts zur Sache

von Tungeln Wwe. Erben w. Winckelmann Erben 18 Decbr. 1856.

und pag. 3.

Meyer c. Goslar 16. Mai 1863.

nicht durchgängig beigetreten werden.

Denn wenn auch in jener Sache Proceßgesuch, eventuell Mittheilungsdecret für die Anstellung dieses Processes als maßgebend genannt werden, so kommt es doch, wie gleichfalls daselbst hervorgehoben, nur dann darauf an, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist, man wolle im Executivproceß klagen, und es soll die bloße Production einer Urkunde zur Liquidestellung der Klage nicht ohne Weiteres zu der auf dessen Anstellung gerichteten Annahme berechtigen. Und diese Grundsätze sind in

Digitized by Google

der zweiten Sache mit dem Zusatz wiederholt, daß, wenn in der Klage die Anstellung des Executiv-Processes unklar, in der Replik aber die Einlassung auf Einreden unter Vorbehalt des Executiv-Processes erfolgt und dagegen in der Duplik nichts eingewandt ist, der Executiv-Proceß bei Kräften bleibt. Ist also, wie vorliegend geschehen, in der Klagschrift ausdrücklich
pag. 4. gesagt, man wolle im Executiv-Proceß klagen, und bittet um die Verurtheilung seines Gegners, so ändert sich dadurch, daß in dem Insinuationsdocument eine Erklärung auf den Inhalt der Klage verlangt ist, an dem angestellten Executiv-Proceß durchaus nichts; denn der Antrag auf Executiv-Proceß bildet ebenfalls einen Theil dieses Inhalts.

Dagegen mußte andererseits auf Grund der Ansicht, daß der Executiv-Proceß in abstracto in Bremen nicht in völliger Reinheit existirt, das vorige Urtheil bestätigt werden. Denn wenn, wie aus der Erbe- und Handfesten-Ordnung § 115, deren Vorschrift als Ausfluß eines allgemeinen für den Executiv-Proceß geltenden Princips aufzufassen ist, hervorgeht, der
pag. 5. Kläger zur Liquidestellung des Klaggrundes nicht auf den Urkundenbeweis beschränkt ist, sondern sich daneben auf ein Zugeständniß des Gegners stützen, und diesem zu dem Ende den Eid zuschieben darf, so ergiebt sich daraus, daß in dem Bremischen Executiv-Proceß die Ladung an den Beklagten nicht bloß auf eine Erklärung über die vorgelegten Urkunden, sondern zugleich auf eine Erklärung über die Existenz der Forderung gerichtet erscheint. Hiedurch erhält aber ein von dem Beklagten zu Protocoll abgelegtes reines Geständniß nothwendig eine andere Bedeutung, nämlich die einer vorbehaltlosen Anerkennung der gegnerischen Forderung. Fehlt es also an Momenten, aus denen sich ergiebt, daß die Anerkennung sich nicht auf die Forderung sondern lediglich auf die vom Gegner producirten Urkunden beziehen sollte, so muß Ersteres angenommen werden. Ein derartiger Fall liegt hier vor, und zwar um so mehr, als der Beklagte im Vorproceß sich neben seinem
pag. 6. Zugeständniß auf die Bitte einer geraumen Zahlungs-

Digitized by Google

frist beschränkt und hiedurch indirect anerkannt hat, daß er keine weiteren Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit der geltend gemachten Forderungen erheben wolle. Auch hat die gleiche Auffassung des Sachverhältnisses bereits im Vorproceß in dem Decret vom 10. October 1864 mittelst Bezugnahme auf §§ 150. 151 der Gerichts-Ordnung eine Anerkennung gefunden.

Zur Beglaubigung

(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,

Sekr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellations-Sachen Heinrich Glade zu Bremen, Klägers jetzt Appellantens, wider Christian Otto Häsehus, später dessen Wittwe, nunmehr den Erben derselben: Johann Heinrich Wilhelm Meyer, unter Vormundschaft von Heinrich Meybohm, Johann Friedrich Würdemann und Dr. Johann Daniel Noltenius daselbst, Beklagten jetzt Appellaten, nachbarliche Streitigkeiten betreffend, wird die appellatische Erklärung nebst Anlagen dem Appellanten abschriftlich zur Nachricht mitgetheilt und

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 10. December 1864 wieder aufzuheben und Kläger zum Ergänzungseide zuzulassen sei, den er in einem vom Untergerichte anzusetzenden Termine, unter dem Rechtsnachtheile der Eidesweigerung dahin abzuleisten hat;

daß der verstorbene Christian Otto Häsehus sich verpflichtet habe, auf der fraglichen von dem

Digitized by Google

Kläger eingetauschten Parcele nur an der, an das benachbarte Egeling'sche Grundstück gränzenden, Seite desselben ein, nach der Seite des gemeinschaftlichen Ganges zu offenes Schauer von 6 Fuß Tiefe und höchstens 6 Fuß Höhe zu haben.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 9. December 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann, Dr.,**
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Durch die übereinstimmenden Angaben beider Theile und die appellatischerseits vorgelegten Documente steht fest, daß die Beklagte, Häsehus Wittwe, verstorben und von dem minderjährigen Johann Heinrich Wilhelm Meyer beerbt worden pag. 2. ist, dessen Vormünder den seitherigen Anwalt der Beklagten in [22] der O.-A.-Ger.-Acten bevollmächtigt haben. Eine Reassumtion des gegenwärtigen Rechtsstreits ist zwar nicht mit ausdrücklichen Worten erfolgt, liegt aber der Sache nach sowohl in jener Vollmacht als in der in [22] der O.-A.-Ger.-Acten abgegebenen Erklärung. Es konnte daher das Rubrum, wie im Urtheile geschehen, festgestellt, auch mit Rücksicht auf den bereits am 11. April d. J. decretirten Actenschluß alsbald in der Sache erkannt werden.

II. Das Bedenken, welches beklagtischerseits in Betreff der Erwachsenheit erhoben worden, ist unbegründet. Nach § 607 sub a. der Bremischen Gerichts-Ordnung ist die Appellation an das O. A. Gericht wegen Mangels der Appellationssumme nur dann ausgeschlossen, wenn der Gegenstand der Beschwerde pag. 3. von bestimmtem, die Summe von 300 Rthlr. nicht übersteigenden Werthe ist:

vgl. Blume O. A. Ger.-Ordn. p. 147 Not. d. und O. A. Ger. Urtheil in S. Plate c. Schumacher vom 13. März 1858.

Im vorliegenden Falle ist das Object der Beschwerden kein anderes als das des Rechtsstreites selbst, und dieses — wie auch in der appellatischen Vernehmlassung anerkannt wird

Digitized by Google

— ein dem Werthe nach völlig unbestimmtes. Es handelt sich nämlich, nach übereinstimmender Auffassung der Parteien, um eine Servitut:

U. G. A. [3] p. 3. [6] p. 2.

und Servituten werden nach gemeinem, in Bremen nicht abgeänderten, Rechte zu den Sachen gezählt, „so nicht gewisse Achtung haben;“

K. G. O. von 1555. II. 28. § 4.

pag. 4. Der Umstand, daß Appellant als Kläger eine Sache von unbestimmten Werth in erster Instanz an das Untergericht gebracht hat, übt, wie vom O. A. Gericht schon wiederholt ausgesprochen worden ist, auf die Zulässigkeit der Appellation gar keinen Einfluß:

St. Martin Kirchspiels Armencasse c. Stahmer 1834.
Horn und Lehe c. Bahr 1834.
Bosse c. Bosse 1836.
Geisler c. Schumacher 1840.

III. In der Sache selbst hat sich Kläger in Grav. I darüber beschwert, daß er nicht zu einem Ergänzungseide zugelassen worden. Dieser Beschwerde mußte entsprochen werden und erledigte sich hiedurch sowohl der eventuelle Antrag auf Zulassung eines neu aufgefundenen Zeugen, als auch die die Formulirung des Reinigungseides betreffende zweite Beschwerde.

A. Anlangend die klägerische Beweisführung, so wird das Beweisthema, welches durch Obergerichts-Erkenntniß vom 12. October 1863

pag. 5. U. Ger. Act. [16].

rechtskräftig dahin festgestellt ist:

daß der verstorbene Ehemann der Beklagten (Christian Otto Häsehus) sich verpflichtet habe, auf der fraglichen, von dem Kläger eingetauschten Parcele nur an der an das benachbarte Egeling'sche Grundstück gränzenden Seite derselben ein, nach der Seite des gemeinschaftlichen Ganges zu offenes, Schauer von 6 Fuß Tiefe und höchstens 6 Fuß Höhe zu haben,

1., durch die Aussage des Zeugen Albrecht vollkommen

Digitized by Google

erschöpft, indem dieser Zeuge nicht allein den dem Beweissatz conformen Artikel 8 sub d. bejaht, sondern auch zu Interrog. spec. 4. noch im Näheren angegeben hat, Häsehus habe die fragliche Verpflichtung ungefähr mit den Worten übernommen: pag. 6.
„daß Kläger nur bauen solle, mit den Fenstern im Keller, er wolle ihm das Licht nicht nehmen und nur ein offenes Schauer von 6 Fuß Höhe und 6 Fuß Tiefe bauen."

U. Ger. Act. [31] ad art. 8 sub d und
Interrog. spec. 4.

Beklagte hat zwar in ihren Beweiseinreden die Glaubwürdigkeit beider klägerischer Zeugen deshalb angefochten, weil dieselben mehrfach bei dem Kläger in Arbeit gestanden, insbesondere den fraglichen Neubau desselben geführt haben, und weil sie sich mit den Zeugen insofern in Streit befinde, als nach ihrer Behauptung die Zeugen auch die Auferbauung des fraglichen Schauers gegen eine bestimmte Accordsumme übernommen haben, während die Zeugen nicht die Zimmerarbeiten wollen übernommen haben.

U. Ger. Act. [20] p. 2.

Allein der erste Theil dieser Einwendung ist offenbar un- pag. 7.
erheblich, der zweite nicht genügend substanziirt und völlig unbescheinigt geblieben. Auch ist Beklagter darauf weder in den Deductionen noch auch — obgleich das Untergericht ausdrücklich die klägerischen Zeugen für classisch erklärt hat — in den höheren Instanzen zurückgekommen. Dagegen hat sie noch einen Verdachtsgrund gegen den Zeugen Albrecht daraus entnehmen zu können geglaubt, daß er behaupte „als Rather den Abschluß des Vertrags gefördert zu haben."

O. Ger. Act. [3] p. 4.

Es ist aber nicht abzusehen, wie der Zeuge dadurch, daß er, seiner Aussage nach, dem Kläger und Häsehus zugeredet hat, behufs Arrondirung ihrer beiderseitigen Erben einen Tausch vorzunehmen, weil der bisherige Zustand keinem von beiden von Nutzen sei:

U. Ger. Act. [31] ad Art. 7.

in Beziehung auf den Inhalt des unbestrittenermaaßen zu pag. 8.

Digitized by Google

Stande gekommenen Tauschvertrags befangen und dem Kläger mehr zugeneigt geworden sein soll als der beklagtischen Seite.

2. Der Zeuge Schweers giebt zu Art. 8 sub d an: Es sei von der im Beweissatze bezeichneten Verpflichtung gesprochen worden, jedoch erinnere er nicht, daß Häsehus solche ausdrücklich übernommen habe und sie zur Bedingung des Tausches gemacht sei:

U. Ger. Act. [31] p. 10.

Der Ansicht der vorigen Gerichte, daß durch diese Aussage diejenige des Albrecht einigermaaßen abgeschwächt werde, kann in keiner Weise beigetreten werden. Es ist ganz erklärlich, daß Albrecht, der sich für das Zustandekommen des Tausches interessirte, den desfallsigen Verhandlungen seine volle Aufmerksamkeit zugewendet hat, während Schweers seiner Arbeit oblag und
pag. 9. von den Statt findenden Beredungen zwar Vieles, aber nicht Alles hörte. Auch bezüglich eines anderen an sich viel wichtigeren Punctes, über welchen unbestrittenermaaßen ein Einverständniß erzielt worden ist: daß nämlich Häsehus außer einem Theile des gemeinschaftlichen Ganges auch einen Theil des klägerischen Erbes erhalten sollte, weiß sich Schweers das Nähere nicht zu erinnern.

U. Ger. Act. [31] p. 10 ad e.

Eher ließe sich aus der Aussage dieses Zeugen eine Folgerung zu Gunsten des Klägers ziehen, da in der That kaum vorausgesetzt werden kann, daß dieser, nachdem einmal die Uebernahme der fraglichen Verpflichtung von Seiten des Häsehus zur Sprache gekommen, hiervon wieder abgestanden und gleichwohl so, wie aus der Zeichnung in [9] der U. Ger. Acten ersichtlich, gebaut haben sollte. Es wird indeß hierauf nicht an-
pag. 10. kommen, sondern genügt, daß der Beweis des Klägers jedenfalls wenigstens durch die Aussage des Albrecht zur Hälfte geführt ist.

B. Was den beklagtischerseits unternommenen Gegenbeweis betrifft, so muß

1., die Person des Zeugen Hergt für eine im hohen Grade

Digitized by Google

verdächtige erachtet werden. Er ist Bäckergeselle und führte als solcher zur Zeit seiner Deposition das Geschäft der Beklagten, bei der er auch seine Wohnung hatte. Sind nun schon gewöhnliche in Abhängigkeit von einer der Parteien stehende Diener verdächtige Zeugen:

Glück Commentar XXII. S. 157 flg.

so trifft dies in erhöhtem Maaße bei demjenigen zu, der als Geschäftsführer dem ganzen Gewerbe eines der Streittheile vorsteht, und bei dem solchergestalt zu der Abhängigkeit auch noch das besondere Interesse hinzukommt, welches er an den Angelegenheiten seines Brodherrn nimmt. Bei dieser hohen Ver- pag. 11.
dächtigkeit des Zeugen wird

2., die Relevanz seiner Aussage um so strenger zu prüfen sein. Derselbe deponirt: er sei auf dem Hofraume des Häsehus zugegen gewesen, als zwischen Diesem und dem Kläger der fragliche Tauschvertrag abgeschlossen worden; wobei er als Merkmal dafür, daß der Tauschvertrag in seiner Gegenwart wirklich zu Stande gekommen, angiebt, daß Häsehus seine Frau gerufen und ihr in Gegenwart des Klägers den Abschluß mitgetheilt habe. Häsehus habe bei der fraglichen Gelegenheit erklärt: er werde sich ein Schauer auf seinem Hofe bauen; er wisse noch nicht, ob er es der Länge nach oder quer stellen solle. Von einer Verpflichtung des Häsehus, das Schauer nur 6 Fuß hoch und 6 Fuß tief zu bauen, sei gar Nichts gesprochen.

U. Ger. Act. [33].

Diese Aussage erstreckt sich nur auf den Abschluß des pag. 12.
Tauschvertrags selbst. Der Nichtabschluß des Nebenvertrags, auf den es vorliegend allein ankommt, würde daraus nur dann zu folgern sein, wenn feststände oder man noch Grund zu der Annahme hätte, daß überhaupt nur in einem Acte, gerade bei der Gelegenheit, wo der Zeuge anwesend war, das Vertragsverhältniß in allen seinen Theilen zur Perfection gekommen sei.

Zu einer solchen Annahme hat man, abgesehen von den Zeugenaussagen, keinen Grund. Nach dem Beweisthema kommt es, wie Kläger richtig bemerkt, nicht darauf an, ob die fragliche

Digitized by Google

Nebenverabredung der Zeit nach mit dem Tauschvertrage selbst zusammengefallen ist; und es erscheint an und für sich gar
pag. 13. nicht unmöglich oder auch nur unwahrscheinlich, daß entweder nach Abschluß des Tausches auch noch eine Abrede wegen Bebauung des dem Häsehus überlassenen Platzes getroffen worden ist, oder auch umgekehrt die Parteien über diesen Punct als eine Bedingung des abzuschließenden Tausches bereits einig geworden waren, ehe sie sich noch über den Hauptvertrag selbst vollkommen verständigt hatten; und daß folgeweise hiernächst, als der Tausch für abgeschlossen erklärt wurde, jener Punct nicht mehr besonders zur Sprache gebracht zu werden brauchte. Die Beklagte hat selbst darauf aufmerksam gemacht, daß aus ihrer Gegenwart bei Abschließung des Tauschvertrags nicht hervorgehe, daß sie bei allen Gelegenheiten zugegen gewesen wäre, wo möglicherweise ihr verstorbener Ehemann das fragliche Versprechen gemacht hätte.

O. Ger. Acten [3] p. 11.

Was aber den Inhalt der Zeugenaussagen anlangt, so
pag. 14. haben die klägerischen Zeugen bestätigt, daß man sich über die in Art. 8 sub a—d erwähnten Puncte nicht auf einmal geeinigt habe, sondern „nach und nach“ — „nach vielen Hin- und Hersprechen, dergestalt, daß der Eine dies, der Andere das nachgab und zugestand.“

U. Ger. Act. [31] ad Art. 9.

Auch spricht Schweers von den „Beredungen“, bei denen er zugegen gewesen:

Ebendas. ad Art. 8 (p. 9).

Der Gegenwart der Ehefrau Häsehus erinnern sich beide Zeugen nicht; diejenige des Gegenbeweiszeugen Hergt verneint der Zeuge Albrecht, während Schweers von derselben Nichts weiß und nur zugiebt, Hergt könne wohl ab- und zugegangen sein:

Ebendas. ad Art. 8. Interrog. spec. 2 und 3.

Alles dies weist entschieden darauf hin, daß die Verhandlungen, über welche die klägerischen Zeugen Auskunft geben

Digitized by Google

können, andere oder doch jedenfalls von längerer Dauer gewesen, als diejenigen, denen der Gegenbeweiszeuge beigewohnt hat. pag. 15.

Dieser Annahme steht auch der Inhalt der Hergt'schen Aussage nicht entgegen. Daß Häsehus seiner herbeigerufenen Frau den Abschluß des Tauschvertrages mitgetheilt, ohne der fraglichen Nebenabrede Erwähnung zu thun, ist ganz irrelevant. Diese Nebenabrede kann, wie bemerkt, noch nachher getroffen, sie kann aber auch vorausgegangen und ihr nur von Häsehus keine so große Bedeutung beigelegt worden sein, daß er sich veranlaßt gefunden hätte, auch hievon seine Frau sofort zu benachrichtigen.

Hergt giebt nun freilich weiter an, daß in seiner Gegenwart von einem auf dem Hofe des Häsehus zu bauenden Schauer die Rede gewesen, und Jener nur geäußert habe, er wisse noch nicht, ob er dasselbe der Länge nach oder quer stellen solle. Allein abgesehen davon, daß man gar nicht ersieht, ob pag. 16.
es sich hierbei von einem Schauer gehandelt, welches auf der zum Erbe des Klägers gehörigen und erst durch den Tauschvertrag auf Häsehus übertragenen Parcele errichtet werden sollte, würde aus jener Aeußerung, auch wenn sie vollständig constatirt wäre, der Nichtabschluß der vom Kläger zu erweisenden Nebenberedung in keiner Weise zu folgern sein. Dieselbe kann gerade die Veranlassung gegeben haben, daß Kläger, nachdem man über den Tausch selbst einig geworden war, die Bebauung des fraglichen Platzes noch zum Gegenstande einer besonderen Nebenberedung gemacht hat. Es bleibt aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß bereits, ehe Häsehus seine Frau herbeirief, um ihr den Abschluß des Tauschvertrags mitzutheilen, die Contrahenten darüber einig geworden waren, daß an der fraglichen Stelle nur ein offenes 6 Fuß tiefes und pag. 17.
eben so hohes Schauer gebauet werden dürfe und die bezeugte Aeußerung des Häsehus nur den Sinn hatte, er wisse noch nicht, ob er ein solches übereinkunftsmäßiges Schauer so setzen solle, daß die offene Seite paralell mit der Wand des klägeri-

Digitized by Google

schen Packhauses laufe oder so, daß sie im rechten Winkel auf diese Wand stoße.

Jedenfalls wird, während der Gegenbeweiszeuge behauptet, daß in seiner Gegenwart von der Höhe, Tiefe und sonstigen Beschaffenheit des Schauers nicht die Rede gewesen sei, von beiden klägerischen Zeugen bekundet, daß dieser Punct einen Gegenstand der Besprechung gebildet habe. Und hier ist denn nur ein Doppeltes möglich. Entweder die beiderseitigen Zeugen haben einen verschiedenen Hergang im Sinne. Dann ist, nach dem oben Bemerkten, die Aussage des Gegenbeweiszeugen in
pag. 18. keiner Weise geeignet, das Gewicht der Albrecht'schen Aussage zu mindern, oder sie sprechen beiderseits von demselben Hergange. Dann ist die Aussage des classischen Beweiszeugen Schweers: es sei über den fraglichen Punct gesprochen worden, vollkommen ausreichend, um die entgegenstehende bloß negative Behauptung des verdächtigen Gegenbeweiszeugen Hergt aufzuwägen, und es bleibt folgeweise auch in diesem Falle die Deposition des classischen Zeugen Albrecht, daß die fraglichen Verhandlungen Statt gefunden und zu einem Uebereinkommen geführt haben, in voller Kraft bestehen.

C. War, dem Vorstehenden nach, der klägerische Beweis als wenigstens zur Hälfte geführt anzusehen, so mußte nach § 264 der Bremer Gerichts-Ordnung auf den Ergänzungseid erkannt werden. Denn der Kläger und Beweisführer ist, da es sich um sein eigenes Factum handelt, von der Wahrheit zu
pag. 19. schwören im Stande. Darauf, ob Beklagte ebenfalls einen Wahrheitseid leisten konnte, kommt nach dieser Gesetzesvorschrift nicht einmal etwas an. Uebrigens hatte dieselbe, indem sie den eventuell deferirten Eid nur von Nichtsanderswissen acceptirte,

U. Ger. Acten [20] in fin.

von vorn herein zu erkennen gegeben, daß sie von der Wahrheit zu schwören nicht im Stande und Willens sei, was sie denn auch in voriger Instanz durch ausdrückliche Erklärung bestätigt hat.

O. Ger. Acten [3] pag. 11.

Digitized by Google

Daß vollends jetzt, nach dem Tode der Wittwe Häsehus, von einem beklagtischerseits zu leistenden Wahrheitseide nicht mehr die Rede sein kann, ist klar.

IV. Mußte in der Hauptsache, wie geschehen, reformatorisch erkannt werden, so waren nicht allein die Kosten gegenwärtiger, sondern auch, nach § 307 der Bremer Gerichts-Ordnung, die Kosten voriger Instanz zu compensiren.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Urtheil.

In Appellationssachen J. S. Cohen zu Bremen, Liquidantens und Intervenientens, jetzt Appellantens, wider Heinrich Luckmann zu Eitzen, Intervenienten, jetzt Appellaten, zur Sache des Letzteren, Liquidantens, wider den Concurscurator von Gottfried Schütt und Ferdinand Knecht in Firma Gottfried Schütt & Co., in Bremen, Liquidaten, Obligationsforderung betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier Freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 7. März 1864, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Untergericht zurückverwiesen.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. gegeben zu Lübeck, den 30. December 1865.

Zur Beglaubigung

(L. S.) (unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

I. Die vier ersten Beschwerden des Intervenienten beziehen pag. 2.
sich auf den in Decis. 4 des Untergerichts-Erkenntnisses vom 15. April 1863 ihm auferlegten Beweis: daß die Falliten das in [49] der Untergerichts-Acten ausgedrückte Darlehen nicht empfangen haben. — Von diesen Beschwerden hat

A., die vierte, dahin gehend: daß nicht mindestens in Ansehung der Priorität der Luckmann'schen Forderung eine Erklärung über die Art und Zeit ihrer Entstehung verlangt, und dem Interventen deren Nachweisung aufgegeben worden, ihre Erledigung gefunden. Durch das in der Liquidationssache des Appellanten gegen den Concurscurator ergangene Untergerichts-Decret vom 5. September 1864:

U. Ger. Acten. Prot. p. 15.

ist nämlich ausgesprochen worden, daß das von diesem Creditor aus den Pfandverschreibungen in [35] — [37] beanspruchte Ge- pag. 3.
neralpfandrecht zu verwerfen sei. Die Acten ergeben nicht, daß Cohen hiergegen ein Rechtsmittel zur Hand genommen hätte. Ist aber jener Ausspruch rechtskräftig geworden, und steht damit fest, daß dem Intervenienten die Eigenschaft eines generalhypothekarischen Gläubigers überhaupt nicht zukommt, so kann auch von einer seinerseits, gegenüber einem wirklichen Pfandgläubiger, zu beanspruchenden Priorität nicht weiter die Rede sein. — Dagegen bleibt der Intervenient allerdings nach wie vor bei der Frage interessirt, ob das von Luckmann angemeldete Forderungs- und beziehungsweise Generalpfandrecht überhaupt existirt, und bedürfen daher die hierauf bezüglichen Beschwerden I—III. einer materiellen Prüfung.

Digitized by Google

B. Die erste und zweite Beschwerde sind darüber erho-
pag. 4. ben, daß der behufs Führung des fraglichen Beweises vom Intervenienten deferirte Eid nicht, dem bei der Delation gestellten Antrage gemäß, für Luckmann dahin festgestellt worden ist,

daß er vor Ausstellung der Obligation vom 28. September 1861 (U. Ger. Acten [49]) das Darlehen von 2000 ℔, dessen geschehener Empfang in dieser Obligation von den Falliten bescheinigt sei, denselben ausgezahlt habe.

Der Intervenient beruft sich zur Rechtfertigung dieses Verlangens hauptsächlich

1., auf den Wortlaut des rechtskräftig gewordenen Beweissatzes. Die Obligation [49] enthalte ein unter dem 28. September 1861 ausgestelltes Empfangsbekenntniß der Falliten, welches, den gebrauchten Worten:

pag. 5. „ — erklären und bekennen hiermit, daß wir — — „von dem Herrn — — Luckmann — die Summe „von ℔ 2000 Gold — — angeliehen und empfangen „haben."

wie der Natur der Sache nach, nur auf eine vorausgegangene Thatsache sich beziehen lasse; und wenn daher der Beweissatz von dem „in [49] ausgedrückten Darlehen" rede, so könne darunter nichts Anderes als ein Darlehen verstanden werden, welches die Falliten vor Ausstellung jenes Bekenntnisses empfangen hätten.

Die Urkunde [49] bezieht sich jedoch nicht auf eine specielle praecedens causa, ein zu einer bestimmten vorausgegangenen Zeit gegebenes Darlehen, sondern enthält nur ein generelles Empfangsbekenntniß, welches, — ähnlich, wie das Bekenntniß „Baluta" „oder Zahlung empfangen zu haben," — nach der
pag. 6. wahren Meinung des Ausstellers, nicht ohne Weiteres mit der Niederschreibung, sondern nur unter der Voraussetzung, beziehungsweise erst dann bezeugende und bindende Kraft erhalten soll, wenn durch wirkliche Hingabe des Geldes der Darlehnsvertrag perfect geworden sei oder noch zur Perfection gelangen

Digitized by Google

werde. — Der Intervenient giebt selbst zu, daß derartige Schuldbekenntnisse häufig in der Erwartung eines erst noch auszuzahlenden Darlehns ausgestellt werden. Hierin liegt aber nicht, wie er es bezeichnet, ein Mißbrauch, sondern es ist der natürliche und regelmäßige Gang der Dinge, daß der Gläubiger das Darlehn nicht eher auszahlt, als bis ihm durch Behändigung der Schuldverschreibung die begehrte Sicherheit für dasselbe gegeben werden kann, und daß daher die Urkunde bereits angefertigt sein muß, ehe es zur Hingabe des Geldes kommt. Der streng correcte Geschäftsgang ist der, daß die Zahlung des Geldes und die Behändigung der Urkunde an den Gläubiger Zug um Zug erfolgen, und wo das geschieht, da ist in demselben Momente, wo der Schuldner das Empfangsbekenntniß aus der Hand giebt, dasselbe also erst Realität gegen ihn gewinnt, auch die Voraussetzung, unter welcher es ausgestellt worden, in Erfüllung gegangen. Nun kommt es freilich auch oft vor, daß der Schuldner dem Gläubiger die Urkunde übergiebt, ohne das Geld schon erhalten zu haben oder gegen Uebergabe der Urkunde sofort zu erhalten. Es geschieht dies aber nur in der Erwartung, daß die Zahlung baldigst nachfolgen werde und in dem Vertrauen, daß der Gläubiger, ehe dies geschehen, keinen Gebrauch von der Urkunde machen werde. Von einer Wahrheitswidrigkeit des in der Urkunde enthaltenen Empfangsbekenntnisses kann auch in diesem Falle nicht die Rede sein. pag. 7.

Es ergiebt sich hieraus, daß das Beweisinterlocut völlig sachgemäß, so wie geschehen, sich ausdrücken konnte, ohne damit gerade ein vor Errichtung der Obligation bereits empfangenes Darlehen zu meinen; vielmehr den Worten des Beweissatzes „das in [49] ausgedrückte Darlehen“ sehr wohl die Bedeutung zukommen kann, welche dasselbe Gericht in dem jetzt angefochtenen Erkenntnisse ihnen beigelegt hat: daß es nämlich dasjenige Darlehen sein müsse, in Beziehung auf welches die fragliche Obligation ausgestellt worden, einerlei, ob dessen reelle Hingabe vor, bei oder nach Ausstellung der Urkunde Statt ge- pag. 8.

Digitized by Google

funden hat. Daß dies aber wirklich schon bei der Beweisregulirung die Meinung des Untergerichts gewesen ist, ergiebt sich unwiderleglich aus folgenden Momenten.

a. Während der Intervenient schlechthin die Auszahlung
pag. 9. des von Luckmann auf Grund der Urkunde [49] angemeldeten Darlehns bestritten hatte:

U. Ger. Acten [52].

war vom Concurscurator, in Vertretung der übrigen Gläubiger auf die Liquidation des Luckmann erklärt worden: Auf die fragliche (unter dem 28. Sept. 1861 ausgestellte) Obligation seien, nach Angabe der Falliten, die 2000 ℔ erst am 27. October 1861 ausgezahlt worden. Pfandrecht und Zinsenlauf würden daher erst von diesem Tage datiren. Daß die 2000 ℔ an diesem Tage hergeliehen seien, habe Curator keinen Grund zu bezweifeln:

U. Ger. Act. [53] sub 3.

Wäre das Untergericht der Rechtsansicht gewesen, daß die Identität der von Luckmann auf Grund von [49] liquidirten Forderung, und folgeweise die Existenz der in dieser Urkunde bestellten Generalhypothek, dadurch bedingt sei, daß das Dar-
pag. 10. lehen vor Ausstellung der Urkunde gegeben worden, so würde es die Behauptung des Curators, daß die Auszahlung des Geldes erst einen Monat später erfolgt sei, zum Gegenstande weiterer Verhandlungen machen und zutreffendenfalls den Luckmann mit seiner Liquidation, oder doch wenigstens mit dem beanspruchten Generalpfandrechte, haben abweisen müssen. Statt dessen hat aber das Gericht in seinen Entscheidungsgründen erklärt, daß der vom Concurscurator zur Sprache gebrachte Punct nur dann von Erheblichkeit sein würde, wenn — was indessen nicht der Fall sei — andere Gläubiger, der Priorität wegen, dabei interessirt wären, ob das Pfandrecht des Luckmann erst von einem späteren, als dem Tage der Ausstellung der Urkunde, zu datiren sei. Damit ist geradezu anerkannt, daß es für die Identität des Darlehens und den Rechtsbestand des Generalpfandes an sich einerlei sei, ob die

Digitized by Google

Auszahlung des Geldes erst nach Ausstellung der das Em- pag. 11.
pfangsbekenntniß und die Pfandbestellung enthaltenden Urkunde erfolgte.

Ist es nun auch ganz richtig — worauf Intervenient in dieser Instanz hinweist —, daß die Erklärungen des Concurscurators ihm, nachdem er die Vertretung seines Interesses selbst in die Hand genommen, nicht präjudiciren können, so handelt es sich bei der vorstehenden Argumentation gar nicht hierum, sondern lediglich um Ermittelung des Sinnes, den das Untergericht mit seiner dem Intervenienten gemachten Beweisauflage verbunden hat; und hierzu darf unbedenklich auch derjenige Theil der Entscheidungsgründe benutzt werden, in welchem sich das Gericht über die dieselbe Forderung und dieselbe Urkunde betreffenden Verhandlungen zwischen dem Liquidanten Luckmann und dem Concurscurator ausgesprochen hat.

b. Das Untergericht hat ferner den Luckmann in Bezie- pag. 12.
hung auf seine Forderung von 789 ℔ 70 ß aus [48] als generalhypothecarischen Gläubiger vor dem Intervenienten locirt, wenn er (abgesehen von einem nachgelassenen Einreden- und beziehungsweise Replikenbeweise) darthun werde: daß er die in [51] näher bezeichneten Beträge den Falliten dargeliehen habe. Unter diesen in [51] bezeichneten Beträgen aber ist zwar nicht, wie Luckmann anführt, der Hauptposten von Ld'or.℔ 500 (d. d. 6. Mai.),

cf. O. Ger. Act. [3]. p. 4.

wohl aber der letzte Posten von Crt.℔ 30 (d. d. 31. Mai) von jüngerem Datum als die, die Pfandbestellung enthaltende Obligation in [48] (d. d. 14. Mai). Das Untergericht hätte ihn also ausschließen müssen, wenn es die Hingabe des Geldes *vor* Ausstellung der Obligation als ein wesentliches Moment angesehen hätte, und hat durch Zulassung desselben wiederum pag. 13.
— und zwar diesmal auch dem Intervenienten Cohen gegenüber, wenngleich in Beziehung auf eine andere als die gegenwärtig in Frage stehende Forderung — anerkannt, daß die Identität des Darlehns und der Rechtsbestand der General-

Digitized by Google

hypothek nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß das Geld erst nach Ausstellung der Schuld- und Pfandverschreibung ausbezahlt worden ist.

c. Als unterstützendes Moment für diese Ansicht des Untergerichts kommt noch hinzu, daß dasselbe das Verlangen des Intervenienten, dem Luckmann zunächst die Beibringung einer Specification über die einzelnen Posten seiner angeblichen Darlehnsforderung zu injungiren,

U. Ger. Act. [52].

pag. 14. in Beziehung auf die Forderung aus [49] ganz unberücksichtigt gelassen hat. Wenn jenes Verlangen keine andere Bedeutung gehabt haben kann, als das der Intervent angehalten werde, den Zeitpunct oder die Zeitpuncte der Hingabe des Geldes (dessen Auszahlung in verschiedenen Posten der Intervenient voraussetzt:

cf. O. Ger. Act. [2] p. 2, 3.

genau aufzugeben, so hat das Untergericht durch Nichtbeachtung desselben stillschweigend erkannt, daß es, nach Lage der Sache, auf jene Zeit nicht ankomme.

Anders würde die Sache ohne Zweifel dann behandelt worden sein, wenn die Frage über die Zeit der Auszahlung des in [49] ausgedrückten Darlehns vom Intervenienten zum speciellen Gegenstande der Contestation gemacht worden

pag. 15. wäre. In der äußerst dürftigen Justification der Intervention

U. Ger. Act. [52].

ist jedoch nicht mit einem Worte darauf hingedeutet, daß Cohen bei dieser Frage, sei es wegen in Anspruch genommener (jetzt aber beseitigter) Priorität, sei es aus einem andern Grunde (z. B. um Benutzung der Obligation zum Nachtheile der übrigen Gläubiger geltend machen zu können:

cf. O. Ger. Act. [2] p. 12.)

interessirt sei. Es ist daher — zumalen im Hinblicke auf die höchst summarische Weise, in welcher die Liquidationen zu erfolgen und zugelassen zu werden pflegen — ganz erklärlich, daß das Untergericht überall keine Veranlassung fand, die Frage, welchen

Digitized by Google

Einfluß es üben könne, daß das Darlehn möglicherweise erst nach Ausstellung der Obligation ausgezahlt sei, in einem weiteren Umfange als sie von dem Concurscurator angeregt pag. 16.
worden, in Betracht zu ziehen, und auf sie bei Regulirung des dem Intervenienten auferlegten Beweises besondere Rücksicht zu nehmen. Wäre dies die Absicht gewesen, so würde sicher der Beweissatz anders gefaßt oder doch wenigstens in den Entscheidungsgründen eine entsprechende Erläuterung gegeben worden sein. Und hätte der Intervenient damals schon daran gedacht, die Priorität der Luckmann'schen Forderung oder die Rechtsgültigkeit des dafür bestellten Generalpfandes mit Rücksicht auf den Zeitpunct der Auszahlung des Darlehns zu bestreiten, so hätte er sich dabei nicht beruhigen dürfen, daß Luckmann als generalhypothecarischer Gläubiger mit der Forderung aus [49] ihm vorgesetzt, und ihm dagegen nur der Beweis nachgelassen wurde, daß das Darlehen nicht ausbezahlt sei.

2. Der Intervenient hat sich ferner darauf berufen, daß pag. 17.
zur Individualisirung eines Darlehns nicht allein die Summe und die Person von Gläubiger und Schuldner, sondern vorzugsweise die Zeit der Auszahlung gehöre. Aus der Liquidation des Luckmann lasse sich aber ein anderer Zeitpunct hierfür als der 28. Sept. 1861 (Tag der Ausstellung) oder ein demselben vorausgegangener Tag nicht entnehmen, und sei der Intervent folglich mit jedem späteren, namentlich einem etwa erst am 27. October gegebenen Darlehen ausgeschlossen:

O. Ger. Act. [2] p. 8, 9.

Allein dies kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil es im vorliegenden Falle gar nicht auf das, was an sich Rechtens gewesen sein würde, sondern lediglich auf den Sinn ankommt, in welchem das Untergericht seine rechtskräftig gewordene Beweisauflage gemacht hat. Und hierüber kann nach den Aus- pag. 18
führungen unter 1 kein Zweifel sein.

3. Am Meisten hat es noch für sich, wenn Intervenient darauf hinweist, daß das Untergericht — ausweislich der Ent-

Digitized by Google

scheidungsgründe zu seinem Erkenntnisse vom 15. April 1863 — in Beziehung auf das in [49] ausgedrückte Darlehen nur deshalb den Liquidanten Luckmann mit einem weiteren Beweise verschont und ihm, dem Intervenienten, den Beweis der Nichtauszahlung des Darlehns auferlegt habe, weil jene Obligation aus einer Zeit datire, die keinen Verdacht irgend einer Benachtheiligung der Gläubiger errege:

O. A. Ger. Act. [1] p. 12.

Es muß zugegeben werden, daß bei dieser Motivirung allerdings wohl stillschweigend davon ausgegangen ist, daß die
pag. 19. Auszahlung des Darlehens um dieselbe Zeit, in welche die Ausstellung der Obligation fällt, geschehen sein werde. Denn soll in dem Datum der Obligation vom 28. September 1861, also etwa $^3/_4$ Jahre vor der Insolvenzanzeige, ein Grund der Unverdächtigkeit liegen, und darum die Beweislast der Nichtexistenz des Darlehns den Empfänger treffen, so muß die Auszahlung des Darlehns, durch welche die Obligation erst Rechtsbestand erhält, doch auch als in jene unverdächtige Zeit fallend gedacht worden sein. Allein darum braucht doch noch nicht gerade supponirt zu sein, daß die Auszahlung vor der Obligation — wie der Intervenient es für die Eidesformel verlangt — erfolgt sei. Im Uebrigen können diese aus der Motivirung der Beweislast entspringenden Bedenken für das Verständniß des Beweissatzes nur von untergeordneter Bedeu-
pag. 20. tung sein und, gegenüber den entscheidenden Gründen unter 1. nicht dahin führen, daß demselben eine andere, als die dort entwickelte Bedeutung beigelegt werde.

c. Mit seiner dritten Beschwerde beantragt Intervenient, ohne indeß seinerseits einen eventuellen Vorschlag zu machen, daß dem Eide, welchen das Untergericht für Luckmann dahin formulirt hat:

> daß er den Falliten ein Darlehen von ℔ 2000 wirklich gegeben und ihm zur Sicherheit für dasselbe die Urkunde [49] ausgestellt sei,

eine dem vorliegenden Rechtsverhältnisse und dem Beweissatze

Digitized by Google

entsprechende anderweite Fassung gegeben werde. — Es mußte indeß, nach den Ausführungen unter B. die untergerichtliche Formulirung im Allgemeinen für sachentsprechend erachtet werden, und konnte, in Ermangelung eines bestimmten Antrages pag. 21.
des Appellanten, das O. A. Gericht zu einer Abänderung des aufgestellten Eidessatzes in einer oder der andern speciellen Richtung keine Veranlassung finden.

II. Die fünfte Beschwerde betrifft den in Decis. 5. des Untergerichts-Erkenntnisses vom 15. April 1863 dem Interventen Luckmann auferlegten Beweis: daß er die in [51] näher bezeichneten Beträge den Falliten dargeliehen habe. Von Luckmann ist dieser Beweis unter anderen durch Benennung der Falliten als Zeugen angetreten worden. Das Untergericht hat, des Widerspruchs des Intervenienten ungeachtet, im Decis. 3. seines Erkenntnisses vom 2. September 1863 auf Vernehmung dieser Zeugen, vorbehältlich der Einreden erkannt, und Intervenient beschwert sich, wie in voriger Instanz, so auch jetzt darüber, daß die Falliten nicht als Zeugen verworfen sind. — pag. 22.
Es konnte jedoch auch dieser Beschwerde nicht entsprochen werden. Der § 16 der Falliten-Ordnung, welcher es der Beurtheilung des Gerichts, nach Maaßgabe der Umstände, überläßt, ob der Fallit vom Gegner zum Zeugnisse wider die Masse vorgeschlagen werden könne, findet vorliegend, wo der die Masse vertretende Curator bei Zulassung der Zeugen sich beruhigt hat und nur noch der Streit zwischen zwei Gläubigern in Frage steht, keine Anwendung. Es kommt also darauf an, ob solche Gründe vorliegen, welche nach allgemeinen Rechtsregeln die Falliten zum Zeugnisse schlechthin unfähig machen. Dies kann aber, trotz der verschiedenen und erheblichen gegen die Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen, und namentlich des Schütt, als Schwiegersohn des Liquidanten Luckmann, sprechenden Momente, nicht angenommen werden, wird auch vom Intervenienten selbst pag. 23.
nicht behauptet, der vielmehr nur der Meinung ist, daß das Zusammentreffen so mannichfaltiger und schwerer Verdachtsgründe den Richter, nach Maaßgabe des cit. § 16. zur Aus-

Digitized by Google

schließung jener Zeugen bestimmen müsse. — Es war also bei der von den vorigen Gerichten verfügten Vernehmung der Zeugen zu belassen, versteht sich aber von selbst, daß dadurch den vom Intervenienten gegen deren Glaubwürdigkeit vorgebrachten Einwendungen in keiner Weise präjudicirt wird.

III. Bei Verwerfung sämmtlicher Beschwerden mußte die angefochtene Sentenz zugleich in Betreff des Kostenpunctes bestätigt, auch Appellant in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt werden.

Zur Beglaubigung
(unterz.) **Rudolf Eckermann**, Dr.,
Sekr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

F. X. BEEB
kgl. Hofbuchbinder
in
MÜNCHEN
Lederergasse N° 25

Digitized by Google

Digitized by Google